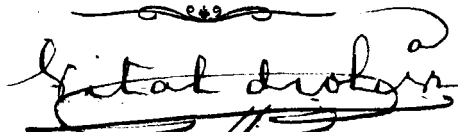
LEGISLAÇÃO DO BRASIL

CONSOLIDAÇÃO

DAS

LEIS CIVIS

PUBLICAÇÃO AUTORISADA PELO GOVERNO

« Quod si leges, aliæ super alias accumulatæ,
« in tam vasta excreverint volumina, aut tanta confu-
« sione laboraverint, ut eas de integro retractare, et
« in corpus sanum et habile redigere, ex usu sit, id
« ante omnia agito. »

BACON DE FONTIB. JUR. APHOR. 59,

TERCEIRA EDIÇÃO MAIS AUGMENTADA

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER

LIVREIRO EDICTOR DO INSTITUTO HISTORICO

65 RUA DO OUVIDOR 65

1876

ADVERTENCIA

Os motivos desta 3ª Edição da Consolidação das Leis Civis constão do Requerimento e Aviso inicialmente aqui estampados, pelos quaes o Governo Imperial dignou-se autorisal-a. São estes:

1.° Seguir o progresso da legislação accrescida sobre a 2ª Edição de 1865, abrangendo portanto um intervallo de dez annos, que alterou, addicionou, ou explicou, a citada nas Notas relativas á cada um dos Artigos do texto, sem mudar em nada a redacção deste:

2.° Attender ao movimento da doutrina em livros publicados durante o mesmo intervallo, robustecendo-a com razões novas em ponto de firmar animos vacillantes.

Justifica-se o primeiro destes motivos com 375 disposições, para mais, dos *Actos do Poder Legislativo, Actos do Poder Executivo,* e das *Decisões do Governo* (classificação expressamente começada pela Typographia Nacional em 1868), que achei na moderna Collecção de Leis, pertencentes ao meu assumpto; poucas as dos primeiros, mais as dos segundos, em grande cópia as das *Decisões do Governo*; senão todas posteriores á 1865, na mór parte sem duvida, pois que aproveitei

o ensejo para indicar omittidas disposições anteriores dentro e fóra daquella Collecção.

Quanto á numeração desses Actos, e das Decisões do Governo, preenchi agora os numeros escapados nas precedentes Edições; de modo que vai tudo numerado, á começar do anno de 1841, em que teve principio a impressão pela Typographia Nacional em virtude dos Regulamentos, do 1° de Janeiro de 1838 (que revogou o Decr. de 23 ou 27 do Junho de 1833), de 24 de Fevereiro de 1838, e de 30 de Abril de 1840.

Convergem para o segundo motivo 23 publicações, de que tive noticia, e á que solicitamente attendi; posto que a colheita pouco abundante seja, não por escassez de fructos, mas para não avolumar em demazia esta 3ª Edição.

Houve até desejo de separar os additamentos della pela abreviatura—3ª Ed.—, bebendo gradualmente nas tres fontes da juridica opulencia—LEGISLAÇÃO, DOUTRINA, JURISPRUDENCIA—; á exemplo dos Juristas Francezes, tão felizmente imitado nas duas Revistas dos Srs. Drs. José da Silva Costa e J. J. do Monte, e graças aos tres nitidos volumes da Jurisprudencia dos Tribunaes do Sr. Dr. Manoel da Silva Mafra! Desse plano só tem agora realidade a indicativa abreviatura dos additamentos. O mais, talvez, para uma 4ª Edição em mais grosso volume; ou então em dois tomos, um para os preliminares da Obra, outro para o corpo d'ella.

Além dos immediatos motivos d'esta 3ª Edição, outro im-

péra de um pensamento de unidade, vinculo do espirito humano, de que dá prova a epigraphe—LEGISLAÇÃO DO BRAZIL—; assim no frontispicio desta 3ª Edição, como nos da 2ª e 1ª, em observancia do meu primitivo plano approvado pelo Governo Imperial.

Suppra o 4° Indice, no fim d'esta 3ª Edição, a demora não longa da—CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS—, onde com todas as subdivisões esse mesmo Indice representará a corôa da nossa unidade artificial—LEGISLAÇÃO DO BRAZIL—. Serve somente agora para n'essa unidade marcar o logar proprio do nosso Direito Civil *(strictissimo sensu)*, qual o consolidamos; e como da introducção *infra* consta na pagina referente á nota 12, e do Relatorio da Commissão Revisôra.

Suppra o 3° Indice, tambem no fim desta 3ª Edição, o defectivo do 2°—Taboa das Materias—; e mostre aos sectarios da Escóla Historica, singularmente ao estimavel autor do livro —*Direitos de Familia*,— a possibilidade scientifica de baixar com a civil divisão dos *direitos* em *pessoaes* e *reaes* por suas naturaes subdivisões até se-exhaurir o assumpto.

A Toboa das Materias, 2° Indice, publicou-se na 1ª Edição; mas, por arbitrio da Typographia, antes do corpo da Obra, como se antes da impressão acabada fôra possivel saber dos numeros da paginação. E por sobra d'infortunio, ainda arbitrio ou incuria da Typographia, foi supprimida na 2ª Edição a Taboa das Materias.

O Indice Alphabetico, 1.° Indice, irá bem revisto, e

locupleto, para mais proficuamente prestar-se ás necessidades do uso pratico.

Alterei o systema da remissão das Notas, numeradas sem progressão de pagina á pagina, sem progressão em muitas paginas, e tão embaraçoso para os trabalhos typographicos d'esta 3ª Edição. A numeraçao progredirá seguidamente de pagina á pagina, mas terminando em cada Titulo, em cada Capitulo. O mesmo faço na numeração das Notas da Introducção, e nas seis novas ao Relatorio da Commissão Revisora.

N'esta restauração dos meus trabalhos juridicos apresento-me com a firmeza de uma consciencia satisfeita. Revi meus serviços precedentes, e, salvas algumas rectificações, nada menos achei que linhas cadentes de ponto superior,—á esperarem prolongamentos, —á prometterem perfeição ao desenho.

Rio de Janeiro 24 de Setembro de 1875.

O AUTOR.

Senhor.

Augusto Teixeira de Freitas, autor da CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, foi autorisado pelo Governo Imperial á fazer imprimir á sua custa uma 2ª Edição d'esse Livro, actualmente em voga, com feliz aceitação das Repartições, dos Tribunaes, e Juizos do Imperio; como tudo consta do Aviso desta Secretaria dos Negocios da Justiça, expedido em data de 12 de Janeiro de 1859; e do Requerimento do Supplicante, á que refere-se o mesmo Aviso.

Ora, publicada a 2ª Edição em 1865, são decorridos dez annos, em cujo intervallo baixarão varias disposições legislativas, e governamentaes, que alterarão, addicionarão, ou explicarão, as citadas nas Notas relativas á cada um dos Artigos do texto; além de que, sobre a parte doutrinal de taes Notas, e maiormente a que prende-se ao Codigo do Commercio (de que não é possivel separar a legislação civil, já como fonte de regras geraes, já como direito subsidiario), varias publicações fizerão-se em sentido discrepante, que talvez concorrão para

debilitar as soluções adoptadas, se as não robustecerem razões novas, e capazes de convencer animos vacillantes.

Em taes circumstancias, sem mudar a redacção do texto, que parece correctissima; tanto mais approvada como está pelo Governo Imperial no Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, mediante o parecer de uma Commissão illustrada; entende o Supplicante ser de necessidade, ou de summa utilidade ao menos, tirar uma 3ª Edição, que satisfaça os indicados fins, e progressivamente siga a corrente das idéas em tão importante assumpto.

Vem pois implorar á VOSSA MAGESTADE IMPERIAL, e pelos mesmos motivos expostos quando requereu para a 2ª Edição, a graça de autorisal-o para a pretendida 3ª Edição; e com todos os indultos da autorisação antecedente, que d'esta nova se reputarão integrantes.

Ousa esperar o Supplicante mais esta outra prova de animação da parte de um Governo tão empenhado, como tem sido, em aperfeiçoar a Legislação Civil Brazileira.—E. R. M. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

2.ª Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro 30 de Agosto de 1875.—Sua Magestade o Imperador, Deferindo o requerimento, em que Vm. pedio autorisação para fazer imprimir á sua custa uma terceira edição da Obra CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, com os indultos da autorisação anterior, Ha por bem conceder-lhe faculdade para o fim requerido.

Deus guarde á Vm.—DIOGO VELHO C. DE ALBUQUERQUE.—Sr. Bacharel Augusto Teixeira de Freitas.

Senhor.

Augusto Teixeira de Freitas, tendo celebrado com o Governo Imperial o Contracto de 15 de Fevereiro de 1855, em virtude do qual elaborára a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. que foi impressa por Ordem do mesmo Governo, expedida pela Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça, intenta fazer imprimir á sua custa uma segunda Edição dessa Obra, instigado pela necessidade de varias correcções, posto que ligeiras; e mais ainda pelo dezejo de dar á luz annotações importantes, que pouco á pouco foi addicionando ás Notas existentes; e muito illustrão, e desenvolvem, as materias do texto. No sobredito Contracto foi reconhecida a propriedade do Supplicante quanto ás edições que ulteriormente houvesse de tirar, o que parece dispensar a intervenção do Governo Imperial. Entretanto, muito influindo para boa aceitação da Obra, que nenhuma edição se faça, sem que por qualquer modo conste que o Governo a tem permittido; o Supplicante vem implorar á V. M. Imperial a Graça de autorizal-o para a pretendida segunda edição, dignando-se consentir, que a autorisação se faça pu-

blica, e que seja estampada no principio da Obra, juntamente com o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, e parecer, á que elle se refere, da douta Commissão encarregada de revêr o trabalho. Ousa o Supplicante esperar mais esta prova de animação da parte de um Governo, que tão solicito se mostra em promover o perfeiçoamento da Legislação do Paiz. —E. R. M.—Augusto Teixeira de Freitas.

3.ª Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro em 12 de Janeiro de 1859.—S. M. o Imperador, Deferindo o requerimento em que Vm. pedio autorisação para fazer imprimir á sua custa um segunda edição da Obra que elaborára, intitulada Consolidação das Leis Civis, publicar essa autorisação, e estampar no principio da Obra o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro do anno proximo preterito, e o parecer, á que elle se refere, da Commissão encarregada de revêr semelhante trabalho, Ha por bem conceder-lhe faculdade para o fim requerido.

Deus guarde a Vm.—José Thomaz Nabuco de Araujo. —Sr. Augusto Teixeira de Freitas.

Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858

PROVIDENCIA SOBRE A CONFECÇÃO E ORGANISAÇÃO DO CODIGO CIVIL DO IMPERIO

Visto, e approvado, o parecer da Commissão encarregada de revêr a Consolidação das Leis Civis: Hei por bem decretar o seguinte:

Art. 1.° O meu Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justica contractará com um Jurisconsulto de sua escolha a confecção de um Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Art. 2.° Feito o Projecto será examinado por uma Commissão de sete Jurisconsultos da Côrte e Imperio, presidida por um dos meus Conselheiros d'Estado, vencendo seus membros as gratificações que fôrem marcadas.

Serão dadas as necessarias instrucções para as conferencias da Commissão, protocolo dos motivos do Projecto, e demais providencias que convier á boa organisação deste trabalho.

José Thomaz Nabuco de Araujo, do meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justiça, assim o tenha entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em 22 de Dezembro de 1858, trigesimo-setimo da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de S. M. o Imperador.

José Thomaz Nabuco de Araujo.

Relatorio da Commissão incumbida de revêr a Consolidação das Leis Civis

Illm. e Exm. Sr.—A Commissão encarregada por Aviso de 9 de Fevereiro do corrente anno de examinar a *Consolidação das Leis Civis*, elaborada pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas por virtude do contracto, que com elle celebrou o Governo Imperial em 15 de Fevereiro de 1855; vem dar conta á V. Ex. do resultado do seu trabalho, o qual não podia deixar de ser demorado sem deixar de ser consciencioso, visto como dependia do exame detalhado das leis consolidadas.

Por meio do exame, á que procedeu a Commissão, chegou ella á justa apreciação dessa elaboração, que, á par do estudo profundo, erudição vasta, e methodo didactico, dá testemunho do zelo, dedicação, e constancia, do seu distincto autor; e recommenda, e attesta, sua habilitação para o Projecto do Codigo Civil, do qual a *Consolidação* é preparatorio importante.

A apreciação, sem fazer outro volume como o da *Consolidação*, não póde ser minuciosa como a analyse que a produzio; ella é pois em complexo, salvos os defeitos de que se resente um ou outro artigo, salvas as divergencias da Commissão á respeito da intelligencia de algumas leis e derogação implicita de outras. (1)

3.ª ED.

(1) O Sr. Rebouças, em suas *Observaç. á Consolid.* pags. 167, 173, e 174, 2.ª Edição, censura a Commissão por não têr apontado os *defeitos* vagamente arguidos, e suas *divergencias* na intelligencia de algumas leis, e derogação implicita de outras; achando contradictorios esses assertos em damno do Fôro com o da *fidelidade* do texto, e com a favoraval recommendação do trabalho.

As divergencias na intelligencia de algumas leis, e derogação implicita de outras, é provavel, que surgissem sobre leis citadas na Introducção da Obra, ou nas Notas da Obra, por affinidades illustrativas do assumpto.

Quanto porém aos *defeitos*, de que se resente um ou outro artigo? Fôra melhor têr advertido ao Autor, para que se justificasse, ou corrigisse seus erros.

Em resultado, tanto importa não havêr-se arguido defeito algum. Nas composições litterarias só prejudicão arguicões definidas, á que não respondêrão, ou mal respondêrão, seus autôres.

E' sensivel a omissão, que houve na *Consolidação* á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos politicos e de ordem publica, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito. (2)

Esses defeitos, essas divergencias, e a omissão, não compromettem o merito geral da obra.

A Commissão considera a *Consolidação* digna de approvação, senão do louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e

---

3.ª ED.

(2) Vid. Not. 10 da Introd. *infra*, d'onde consta na 2ª Edição o saneamento, pelo modo possivel, da omissão lamentada pela Commissão.

No mesmo proposito dou conta agora da legislação sobrevinda, e que avultou por motivo da Lei n. 2040 da 28 de Setembro de 1871; *Lei do Elemento Servil*, seu nome em voga.

As Notas aos Arts. 42, e outros, contêm quasi toda a legislação sobre *escravidão e alforria*.

clareza do texto, pela illustração das notas respectivas, as quaes o fundamentão, e ao mesmo passo o regenerão dos erros e abusos da praxe; sendo que dest'arte a *Consolidação*, além do fim especial á que se destina, presta um serviço importante ao fôro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quaes, no vasio do direito patrio, achão largas para o arbitrio, adoptando muitas vezes como subsidiarias, por supposta omissão das nossas leis, disposições que lhes são contrarias.

A Introducção, que precede a *Consolidação*, é um bello epilogo do Direito Civil; historica e profunda quanto ao preterito, rica de idéas e de elementos quanto ao futuro ou *de constituendo*, brilha e domina nella um pensamento capital, e vem á ser a differença dos *direitos reaes* e *pessoaes*; differença que, na phrase bem cabida de que o autor se serve, é a chave de todas as relações civis. (3)

No sentido dessa differença, que o autor assignala com clareza, e deduz logicamente das relações da vida civil, o methodo adoptado quanto á divisão das materias que a *Consolidação* comprehende, as quaes se reduzem ao Direito Civil strictamente tal; afóra a organisação judiciaria, que é de natureza politica; afóra as leis do processo, que serão consequencia do codigo civil; afóra as leis especiaes do commercio, que constituem excepção; é o seguinte:

3.ª ED.

(3) Antagonismo aberto, entre o Livro dos *Dir. de Fam.* do Sr. Dr. Lafayete, e o Relatorio da illustre Commissão!

Se, como diz esse Livro, a differença dos direitos *pessoaes* e *reaes* não preenche os intuitos da Sciencia; não é, não póde ser, a chave de todas as relações civis:

Se, como diz a Commissão, é a chave de todas as relacões civis, preenche, não póde deixar de preencher, os intuitos da Sciencia.

Para não alongar as Notas d'esta 3.ª Ed. soffro o pezar de não responder já, ponto por ponto, ao adversario da Commissão com defeza completa. Fica reservada para opportuna occasião.

Em duas partes se divide a *Consolidação*:

A Parte Geral comprehende dois titulos distinctos, um relativo ás pessoas, e outro ás cousas; estes dois titulos consistem nos prolegomenos das relações juridicas, que fazem objecto do Direito Civil.

No 1° titulo, o das—pessoas—, o autor considera os actos do nascimento e morte; e distingue as pessoas sómente quando á idade, familia, alienação, e ausencia.

Pelas razões, que o autor menciona á pag. 11, excluio deste titulo o estado da escravidão.

Considerando os direitos sómente como civis ou politicos, do homem ou do cidadão; sendo os direitos politicos os que se referem á participação do poder e funcções publicas, e por consequencia só e exclusivamente dos Brazileiros; e os direitos civis communs aos Brazileiros, e estrangeiros; o autor não assignala neste titulo diversa condição ao nacional, e ao estrangeiro.

Tambem não trata da privação dos direitos civis, a qual elle presuppõe que se não dá em caso algum, nem como consequencia da privação dos direitos politicos, nem por effeito de condemnações judiciaes.

Talvez fôra cabivel assignalar neste titulo o estado religioso regular, o qual importa a privação de muitos direitos civis: o moderno Codigo Civil do Chile, e a Lei da Toscana, considerão esse estado como—morte civil. (4)

3.ª ED.

(4) Veja-se Introd. *infra* Not. 6.

As idéas do autor, quanto aos direitos politicos e civis, morte civil ou privação de direitos civis, revogação de alforria, são, no sentir da Commissão, claras e verdadeiras.

O 2.° titulo da parte geral trata das cousas, considerando-as em si mesmas, e depois em relação ao direito real do dominio, e aos outros direitos reaes. As cousas são divididas : 1.° em cousas do dominio nacional ; 2.° em cousas do dominio particular ; aquellas se subdividem, como cousas do uso publico, bens do Estado, e bens da Corôa : as cousas do dominio particular, *como* bens allodiaes, *e* bens emphyteuticos ; os bens do Estado ainda se subdividem em bens geraes, provinciaes, e municipaes.

A Parte Especial da *Consolidação* tem dois livros, o primeiro que trata dos *direitos pessoaes*, e o segundo dos *direitos reaes*

O livro, que trata dos *direitos pessoaes*, está dividido em duas secções ; a primeira dos direitos pessoaes nas relações de familia, *jura potestatis* ; a segunda dos direitos pesoaes nas relações civis, comprehendendo os factos que os fazem nascer ou extinguir ; nesta secção estão consolidados o damno, e o esbulho, como factos illicitos, de que nascem obrigações e direitos pessoaes,

Como o esbulho é a privação da posse, o autor explica e resolve com lucidez a questão, que se poderia suscitar sobre a natureza e cabimento della como direito pessoal : essa posse não é a occupação, a tradição, a usucapião ; mas a posse isolada, a posse á que se referem os interdictos, que não se fundão senão nas obrigações *ex-delicto* ; ella é portanto um direito pessoal na hypothese, de que se trata.

O 2.° livro da parte especial trata sómente dos *direitos reaes*.

Reconhece o autor, que esta divisão não é boa ; mas parece-lhe a melhor, como cousa obrigada, ou de *constituto*. (5)

Assim que, a herança está comprehendida entre os *direitos reaes*, como se ella fosse sómente um *direito real ;* quando aliás é uma universidade de bens, um complexo de direitos pessoaes e reaes.

Sente elle, por consequencia, e propõe como *de constituendo* um 3.° livro, contendo tres titulos ;—para heranças, concurso de credores, e prescripção. (6)

3.ª ED.

(5) Haja liquidação perfeita de idéas, firmeza de conhecimentos :

E' bôa, imperiosa, a divisão dos direitos em *pessoaes e reaes*;

Não é bôa a divisão dos *direitos reaes*, como aqui na CONSOLIDAÇÃO, contendo em si a herança :

E tambem não é bôa, aqui na CONSOLIDAÇÃO, a sua divisão em duas partes,—*Parte Geral—Parte Especial*—; e isto demonstrei na Proposta ao Governo em 20 de Setembro de 1867, approvada pelo Conselho de Estado, não resolvida, mas impedindo á final a continuação de meus trabalhos para o Governo.

(6) Assim o disse na Introd. *infra*, pagina referente á Not. 193, porém entendi diversamente na minha mencionada Proposta ao Governo, approvada pelo Conselho de Estado.

Cotejada essa Proposta com a precedente da Introd. *infra loc. cit.*, eis o resultado :

O indicado 3.° Livro, contendo tres titulos para heranças, concurso de credores, e prescripção, passou á ser o 1.° Livro do Codigo Civil sob a denominação—*Dos effeitos civis*—.

Ora, *effeitos civis* são os—DIREITOS—, meu genero inicial ; e do 3.° Indice ver-se-ha como são partiveis, — divisiveis na *comprehensão* ; e antes ver-se-ha na Introd. *infra*, ao comêço das Noções Fundamentaes.

Certo, como consequencia logica da differença dos direitos pessoaes e reaes, o methodo proposto, tendente á uma especial classificação dessa universidade, ou complexo de bens, é á primeira vista de olhos uma necessidade do systema.

Meditando-se essa differença de direitos pessoaes e reaes, em que se funda o methodo adoptado para consolidação, e predisposto para a projectada reforma da legislação civil; sente-se, que essa differença não é uma questão metaphysica sem utilidade pratica, porém muito importante ás relações civis e economicas.

Essa differença é um dos principios capitaes, em que se fundou a reforma hypothecaria pendente ao Corpo Legislativo, e reclamada como um dos maiores interesses da situação.

Certamente, sem que sejão caracterisados ou destrinçados os direitos, que desmembrão, gravão, ou affectão, a propriedade; e que seguindo-a, apezar de transferida, podem ser oppostos *adversus omnes*, e contra quaesquer possuidores; a reforma hypothecaria deve causar, ou soffrer, difficuldades e contradições; posto desembaraçada das outras concurrentes hypothecas pela especialisação e publicidade, posto estremada dos privilegios que devem recahir sobre os moveis, ou subsidiariamente sobre os immoveis, a hypotheca se encontrará muitas vezes com as diversas e arbitrarias limitações da propriedade.

Determinados esses direitos, é facil a publicidade, em a qual assenta essencialmente a reforma hypothecaria.

Não se podem caracterisar com mais precisão e clareza, do que o autor caracterisou, os direitos reaes, os quaes, como absolutos, ou contra todos, muito importão á sociedade por motivos de ordem publica, e interesses economicos da mais alta categoria.

Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, seguil-o incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor; eis o effeito constante do direito real, eis o seu coracter distinctivo. O direito pessoal não adhere ao objecto da propriedade, não o segue, mas prende-se exclusivamente á pessoa obrigada.

Assim, a possibilidade do direito real, com o seu effeito essencialmente physico, só se concebe em relação aos objectos corporeos, susceptiveis de sequela.

Tem sua séde verdadeira sobre os immoveis—*solum et res soli*—.

É' exercido, ou sobre as nossas proprias cousas—*jus in re propria*—, ou sobre as cousas alheias—*jus in re aliena*—.

Exercido sobre nossas proprias cousas, o direito real é o dominio, ou a propriedade plena; exercido sobre as cousas alheias, o direito real consiste nas limitações da propriedade.

Nem todas as limitações da propriedade constituem direitos reaes *in re aliena*, mas sómente aquellas, que importão direitos elementares do dominio, como uso e posse, gozo, etc.

Todavia as limitações, que constituem direitos reaes, varião conforme a legislação dos diversos paizes, e pois não têm caracteres exclusivos.

Em ultima analyse, porém, é fóra de duvida, que o principio cognoscitivo, a definição satisfactoria é aquella, que caracterisa o direito real pela acção *in rem* que o acompanha.

Em verdade, entende a Commissão que os direitos reaes, sendo, como são, absolutos; e podendo ser exercidos contra todos, e contra quaesquer pessoas estranhas á convenção que os constitue; não podem ser arbitrarios, mas devem ser definidos e determinados pela lei: podem as partes crear entre si, e contra si, as obrigações pessoaes, que lhes approuvér, por necessi-

dade ou capricho; mas não devem impôl-as á terceiros não contractantes, só a lei tem este imperio.

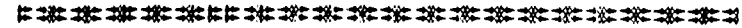
Além disto, estas limitações arbitrarias embaração as transacções civis, a circulação da propriedade, e especialmente obstão á consolidação do credito territorial.

As idéas do autor quanto á tradicção, como complemento do dominio, e modo de adquirir, são luminosas e recommendaveis, justificão o nosso Direito Patrio. ; e demonstrão, que a tradicção não é só interesse das partes, mas um interesse de terceiros e da sociedade.

A Commissão conclue, que a *Consolidação* merece approvação, e louvor, do Governo Imperial.

Rio de Janeiro 4 de Dezembro de 1858.—*V. de Uruguay* —*José Thomaz Nabuco de Araujo*—*Caetano Alberto Soares*.

3.ª Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro 24 de Dezembro de 1858.—Havendo a Commissão encarregada de revêr e examinar a *Consolidação das Leis Civis*, por Vm. elaborada, trazido ao conhecimento do Governo Imperial, em Officio de 4 do corrente, o resultado do seu exame; communico a Vm., para seu conhecimento, que S. M. o Imperador dignou-se approvar a referida *Consolidação*; e manda louvar o zelo, intelligencia, e actividade, com que Vm. se dedicou ao importante trabalho, de que fôra incumbido.

Deos guarde á Vm.— *José Thomaz Nabuco de Araujo*. —Sr. Augusto Teixeira de Freitas.

INTRODUCÇÃO

A presente publiçação é a ultima parte dos trabalhos preparatorios, que para a reforma da Legislação Civil emprehendêra o Governo Imperial. Examinadas as Leis da nossa extensa Collecção, distribuidas em suas divisões naturaes, explorou-se particularmente a classe das—*Leis Civis*—, e dellas se apresenta um extracto fiél. É um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Codigo Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisoria (1).

(1) A publicação desta ultima parte dos trabalhos preparatorios precede a das outras, por ser precisamente a que preenche as vistas do Governo, como a de que se carece para ponto de partida na confecção do Codigo Civil. A classificação das outras partes da Legislação foi idéa de segunda ordem, no intuito de colher-se proveito maior. Essa classificação scientifica, mais que as chronologicas, e as alphabeticas, facilitará o estudo de cada um dos ramos da legislação; sua utilidade tem de ser permanente, entretanto que a da parte ora impressa não passa de transitoria.

3.ª ED.

O que occorrêra depois de publicar-se a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS consta dos Decretos seguintes:

« Consolidará (tal foi o programma do Governo) toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da Classsificação (2).—Consiste a consolidação em mostrar o ultimo estado da Lesgislação.—A Consolidação será feita por titulos, e artigos, em os quaes serão reduzidas á proposições claras e succintas as disposições em vigor.—Em notas correspondentes deverá citar a lei, que autorisa a disposição; e declarar o costume, que estivér estabelecido contra, ou além do texto. »

Está assim traçada a natureza e marcha do trabalho, deixan-

Decr. n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, transcripto *supra* pag. 17, com preambulo approbatorio da mesma CONSOLIDAÇÃO, providenciando sobre o Projecto do Codigo Civil do Imperio:

Decr. n. 2337 de 11 de Janeiro de 1859, approvando o Contracto com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas para fazer o Projecto do Codigo Civil:

Decr. n. 3188 de 18 de Novembro de 1863, fixando premio ao dito Bacharel pelo Projecto do Codigo Civil:

Decr. n. 3292 de 23 de Julho de 1864, dando instrucções á Commissão creada pelo Decr. de 29 de Dezembro de 1863 para exame do Projecto do Codigo Civil:

Decr. n. 5164 de 11 de Dezembro de 1872, approvando o Contracto com o Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo para redacção do Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Quanto aos factos intermedios de 1863 á 11 de Dezembro de 1872, data do ultimo dos citados Decretos, tudo consta minuciosamente dos Relatorios do Ministerio da Justiça em 1869 e 1872.

No Relatorio de 1872 acha-se entre os Annexos, o Parecer do Conselho d'Estado sobre a minha Proposta de um Codigo Geral, e o Aviso de 18 de Novembro de 1872 exonerando-me das obrigações do meu Contracto pela desharmonia profunda entre meu pensamento e as vistas do Governo Imperial. Assim termina esse Aviso, á que sou tão grato:

« Cabe-me a satisfação de agradecer e louvar a V. S., em nome do Governo Imperial, pelo serviço prestado com o Esboço do Codigo Civil, que, se não é ainda projecto de Codigo, é trabalho de incontestavel utilidade e merecimento. »

(2) As condições da Classificação são as seguintes: Colligirá e classificará toda a legislação patria, inclusive a de Portugal, anterior á Independencia do Imperio; comprehendendo-se na collecção e classificação as leis abrogadas ou obsoletas, com excepção das portuguezas que forem peculiares áquelle Reino, e não contiverem alguma disposição geral que estabeleça regra de Direito.—A classificação guardará as divisões do Direito Publico e Administrativo, e do Direito Privado, assim como as subdivisões respectivas. Será feita por ordem chronologica, contendo porém indice alphabetico por materias.

3.ª ED.

Os trabalhos da CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS forão interrompidos, e preferidos, pelos do Projecto do Codigo Civil.

Está *re integra* essa parte ampla de meu Programma adoptado pelo Governo, e comprehendido em meu primitivo Contracto de 15 de Fevereiro de 1855; salva a superveniencia do Decr. n. 5129 de 6 de Novembro de 1872, dando instrucções para consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.

Mui adiantados estão meus trabalhos sobre a CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS, trabalhos indispensaveis, que não entreguei ao Governo por temôr de extravios; e mesmo porque o Aviso de 18 de Novembro de 1872, citado na Not. antecedente, só exigio a entrega dos manuscriptos do Esboço do Codigo Civil.

do-se porém grande arbitrio. Quaes os verdadeiros limites da Legislação Civil? Quaes as disposições actualmente em vigôr? Qual o teôr de sua coordenação propria? Os entendedores da materia, aquelles que conhecem o estado da nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogeneos, podem bem avaliar a difficuldade e importancia destas questões.

Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4° livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estariamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio. Tambem não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Patrio.

Aquellas Ordenacões, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados (3), ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores.

Essa franqueza, que a Ord. L. 3° T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de—*boa razão*—; o outro subsidio dos—*estilos, e costumes*—; tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas têm chegado á tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem;

(3) Mell. Freir. Hist. Jur. Civ. Lusit. Cap. 9° §§ 91 á 93,—Samp. Prelecç. de Dir. Patr. Part. 1ª T. 1° § 12,—Dissert. Crit. de J. V. Alv. da Silv.

do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribúem para tão desagradavel situação.

A legislacão civil é sempre dominada pela organisacão politica. Uma legislacão moldada para uma Monarchia absoluta, sob o predominio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar ás condicões do systema representativo.

Quantas leis entre nós não incorrêrão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompativeis com as bases da Carta Constitucional? (4) Quantas outras não se achão inutilisadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas? A força do habito, entretanto, as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposicões designadamente revogatorias.

Ainda se pensa (por exemplo), com o apoio da Ord. L. 4° T. 81 § 6°, que temos—*servos da pena*—, e que os condemnados á morte não podem fazer testamento (5). O Codigo do Commercio no Art. 157 ainda falla da—*morte civil*—(6). A sancção da Ord. L. 2° T. 18 contra corporações de mão morta possuidoras de bens de raiz ainda se applica, como se

(4) Para cessar a odiosa differença nos direitos de successão hereditaria entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abolisse os privilegios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 §§ 13 e 16); foi necessario, que sobreviesse a disposição expressa do Art. 1° do Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847.

(5) Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.

(6) Imitou-se o Art. 818 do Cod. Com. Portuguez, que sem discernimento copiou-se do Art. 2003 do Cod. Civil Franc.

A illustrada Commissão ponderou em seu Relatorio, que talvez fôra cabivel assignalar no Tit. 1° da Parte Geral—*das pessoas*—o estado religioso regular, do qual resulta privação de

o *commisso* não fôra confiscação (7), Tambem crê-se, que os serviços feitos ao Estado são artigos de propriedade,

---

muitos direitos civis; observando que o moderno Codigo Civil do Chile, e a Lei da Toscana, considerão esse estado como—*moete civil*—.

Respondo, que muito deproposito evitei esta expressão metaphorica, de que tem brotado tantos erros de legislação, e de doutrina, sem nada ter de exacto. Ainda bem que a douta Commissão reconhece, que a profissão monastica, supposto prive de muitos direitos civis, não induz a privação de todos. Della não resulta senão uma *incapacidade civil*, que nem é *absoluta* como a dos menores impuberes, e dementes declarados por taes em Juizo.

O Codigo Civil Chileno, tratando no Art. 95 dessa chamada *morte civil*, poude dizer sómente: « Termina tambem a personalidade, relativamente aos *direitos de propriedade*, pela morte civil, que é a profissão solemne, executada conforme as leis em instituto monastico reconhecido pela Igreja Catholica. »

Ora, essa privação de direitos de propriedade vai assignalada na Consolidação, Arts. 343, 982 § 1°, 991, 992, 993 § 5°, 1000, e 1001.

Não se póde dizer, que o religioso está *civilmente morto*; quando a Ord. L. 2° T. 9° § 3° consente, que elle possa demandar pelos delictos commetidos em sua pessoa; e a do L. 3° T. 28 § 1° declara, que elle póde estar em Juizo para advogar, ou procurar, por si, por suas Igrejas, pelas pessoas miseraveis, e por seus parentes.

(7) Vid. Ord. de 13 de Agosto de 1832, de 19 de Dezembro de 1833, e Av. de 19 de Outubro de 1837. Não se falla, portanto, em *commisso* no Art. 69 da Consolid. Vid. Not. á esse Art. Póde-se entender, como em França, que só se abolio o confisco geral de bens, e não o confisco parcial, de que temos tantos casos em nosso Cod. Pen., e nos Regulamentos Fiscaes; e que recahem, ou no corpo de delicto, ou nas cousas produzidas pelo delicto, ou nas que têm servido para commetter o delicto; mas note-se, que em França o confisco parcial não passa dos objectos moveis. O fim da lei fica satisfeito com a venda coacta dos immoveis illegalmente adquiridos pelas corporações de mão-morta. Não ha exemplo recente da applicação dessa pena ás corporações infractoras, e isto prova sua repugnancia com a nova ordem de cousas.

Penso hoje de diverso modo. *Veja-se* o additamento á ultima Not. do Art. 69.

que se póde ceder e legar na fórma do caduco Regimento das Mercês de 19 de Janeiro de 1671 (8). A separação dos pode-

---

(8) Leia-se o Art. 27 das Instrucções de 10 de Abril de 1851, dadas pelo Conselheiro Maia aos Procuradores do Juizo dos Feitos da Fazenda.

Leia-se tambem o Manual do Procurador dos Feitos, do Dr. Perdigão Malheiros, §§ 211 e 218 e suas Notas.

Cumpre, porem, que se me entenda. As recompensas por serviços ao Estado, com o direito adquirido á ellas, são garantidas pela Constituição do Imperio Arts. 102 § 11 e 179 §§ 13 e 28; mas, assim como a pena não passa da pessoa do delinquente, as recompensas não podem passar de quem presta serviços ao Estado. Isto resulta das palavras do § 13 Art. 179 da Constituição, quando diz:—*e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*—. O direito adquirido, de que falla o § 28 desse Art., pertence exclusivamente á quem presta serviços remuneraveis, não é artigo de propriedade, não é transmissivel.

Entretanto o Art. 27 das citadas Instrucções de 10 de Abril de 1851 presuppõe a allegação de serviços alheios, e cessão delles. A Nota 32 á esse Art. das Instrucções accrescenta, que a acção de serviços alheios pertence á aquelles, á quem forão

res politicos não impede, que os Magistrados exerção funcções, que lhes são estranhas (9).

Examinar as leis em seus proprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequencias de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substancia viva da Legislação.

Para achar, porém, os limites do Direito Civil; e a norma da exposição das materias, que lhe pertencem; recorremos á estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espirito procurámos essa unidade superior,

renunciados, ou deixados; aos pais pelos serviços dos filhos, aos filhos pelos dos pais, e aos irmãos pelos dos irmãos. Assim dispunha o Regimento de 19 de Janeiro de 1671, que certamente está derogado nesta parte.

Se não estivesse derogado, os serviços feitos ao Estado ainda serião descriptos, e avaliados, nos inventarios, como anteriormente se praticava; assim como com os Officios de Justiça, e de Fazenda (Per. de Carv. Proc. Orphanol. Nota 100). Mas tudo isto acabou, e a Lei de 11 de Outubro de 1827 declarou em seu Art. 1°, que nenhum Officio de Justiça, ou Fazenda, seja qual fôr sua qualidade e denominação,—*se conferisse á titulo de propriedade*—.

(9) Vid. Not. ao Art. 217 Consolid. sobre as legitimações *per rescriptum principis.*

E' muito sensivel a confusão do administrativo com o judiciario na jurisdicção dos Juizes Provedores dos Residuos, e Juizes de Direito em Correição. Veja-se a Ord. L. 1° T. 62 sobre Capellas, Hospitaes, e Confrarias. Veja-se o Regulamento das Correições n. 834 de 2 de Outubro de 1851.

que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.

A parte pratica, e, por assim dizer, material do trabalho, terá em si mesma a prova de sua bôa, ou infeliz, execução, já quanto ás disposições adoptadas e substanciadas, já quanto á fidelidade e exactidão do transumpto, já quanto ás qualidades do estylo. Os legistas limitar-se-hão á comparar o texto de cada um dos artigos com a lei, ou leis, que o abonão em suas respectivas notas. Os jurisperitos irão mais longe, e nessas mesmas notas acharáõ fecundos traços, proposições susceptiveis dos mais ricos desenvolvimentos. A natureza do trabalho não consentia demonstrações.

Cumpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formaráõ nosso *Codigo Negro* (10).

(10) Assim chamou-se o Edicto de 1685, regulando a sorte dos escravos nas Colonias Francezas.

«E' sensivel (palavras do Relatorio da illustrada Commissão) a omissão, que houve á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos politicos e de ordem publica, uma Lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito.»

A parte theorica, ou scientifica, demanda algumas explicações, tendentes sobretudo á justificar o methodo seguido; e á fornecer esclarecimentos tanto mais necessarios, quanto independentes forão as idéas, que o determinárão.

A demarcação dos limites da Legislação Civil é assumpto, que não se póde separar do exame geral das outras divisões, que compoem a taboa synthetica da Classificação das Leis (11). Basta saber por ora, que tomámos o Direito Civil em sua

---

Nesta 2.ª Edição supprimos a censurada lacuna, não nas disposições do texto, que ficão intactas, mas em cada uma de suas notas explicativas. Vai indicado o pouco, que temos de legislação civil relativa á escravos; e além disto um copioso subsidio, que extrahimos do Direito Romano, unica norma na solução dos casos occurrentes.

Assim procedemos, no intuito de prestar um serviço ao Fôro. São mui frequentes, e delicadas, as questões, que este assumpto offerece.

(11) Pertence esse exame á uma outra Introducção, que será estampada no primeiro dos volumes relativos á *Classificação das Leis*. Eis as partes dessa outra Introducção: 1°, Programma official, 2°, Theoria da classficação das leis, 3°, Divisões actuaes da legislação, 4°, Divisões das leis verificadas pela analyse, 5°, Taboa da classificação das leis.

3.ª ED.

No meu Folheto Critico do Projecto do Cod. Civ. Port. (Nova Apostilla) transcrevi passagens d'essa outra Introducção da *Classificação das Leis*, de que até imprimirão-se algumas folhas infelizmente extraviadas.

A *Theoria da Classificacão das Leis* é partitura da Theoria da Classificação, como é tambem a da classificação dos *poderes* no Direito Publico, e a da classificação dos *direitos* no Di-

acepção mais stricta, excluidas as leis do processo, as da respectiva organisação judiciaria; e tambem as disposições excepcionaes, cujo complexo fórma hoje o Direito Commercial (12).

Conhecido o quadro da Legislação Civil, era de mister conhecer suas divisões peculiares, e destas trataremos agora. Principiaremos pelo actual systema do Direito Civil, fixaremos depois algumas noções fundamentaes, investigando a theoria dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*; e indica-

---

reito Privado; sempre pelo imprescindivel processo da divisão dichotomica, instrumento unico, não de arte bruta, mas da Arte-Sciencia (Bentham—Classificação), e portanto do Direito.

O Direito é um dos ramos d'Arte—*Ars boni et æqui*—, ligitimado pela sua Sciencia—*justi atque injusti scientia.*

A divisão dichotomica presuppõe a partição do *genero*, que é divisão preliminar em partes aliquotas.

O erro está no esquecimento da *comprehensão das idéas*, na busca ulterior de mais uma divisão para o complexo, quando essa divisão deve ser a da entrada.

Usem d'este methodo, e terão removidas quaesquer difficuldades na *classificação dos direitos*.

(12) Não acontece isto com o nosso Direito Commercial, cujo Codigo, não achando apoio na defectiva legislação civil, que temos, contém muitas materias de Direito Commum, que lhe não pertencem.

3.ª ED.

Agora, pelo 4.° Indice no fim d'esta Edição, ver-se-ha precisamente o gráo do Direito Privado, ou Direito Civil, nas suas tres accepções. Quanto ao Commercial, justifiquei meos assertos na Proposta de um *Codigo Geral*, approvada pelo Conselho d'Estado, que achar-se-ha entre os Annexos do Relatorio do Ministerio da Justiça em 1872.

remos por ultimo a applicação, que se póde fazer dos principios. Dispôr elementos para a projectada reforma, tal é o pensamento, que nos domina.

ACTUAL SYSTEMA DO DIREITO CIVIL

Como se fosse possivel dar força de lei á proposições scienificas, vê-se escripto nas Pandectas, que todo o direito refere-se ás pessoas, cousas, e acções.—*Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (13).

Este enunciado foi aceito pelos Commentadores como uma regra de divisão para as materias do Direito Civil, foi considerado um principio classificador das Leis Romanas. O que ha, porém, de commum entre a supposta regra e a ordem seguida naquellas Leis? O Codigo e o Digesto tratão do Direito Privado, e tambem do Direito Publico; e a serie de seus Livros é tão destituida de nexo, que não denota observancia de methodo algum (14).

Nas Institutas, destinadas ao ensino, a pretendida norma devêra ter sido rigorosamente observada. Ttambem isto não se confirma. Se o 1° Livro tem no Tit. 3° a inscripção—*de jure personarum*—, se o 2° Livro intitula-se—*de divisione rerum et qualitate*—ematando pela successão testamentaria; o 3° Livro começa pela herança *ab intestato*, como se fôra

(13) Dig. L. 1ª *de stat hom.*, Inst. L. 1° T. 3° princ., Inst. de Gaio Comment. 1° n. 8.

(14) Cujacio entretanto chamava—*imperitissimi et ineptissimi*—aquelles, que até o seu tempo havião censurado a ordem das Pandectas. Que veneração supersticiosa!

materia distincta do Livro antecedente, e termina com uma parte da materia de *obrigações*. As obrigações *ex delicto* achão-se desligadas no 4° Livro, que acaba pelas acções e ordem do Juizo.

Essa incoherente distribuição de materias foi regularisada por alguns Escriptores com a divisão em tres Livros, que correspondessem á triplice distincção; porém a primeira difficuldade estava em bem entendê-la. Os Jurisconsultos não estão de accôrdo sobre o que deva contêr a primeira parte—*de personis*—, e a duvida recresce no limite das outras duas partes —*de rebus*—e—*de actionibus*—. A significação destas palavras tem sido differentemente entendida, querendo uns que as—*obrigaçoes*—pertenção ao Tratado sobre as cousas, reputadas como cousas incorporeas—*res incorporales*—; e sustentando outros que as—*obrigações*—devem incluir-se no Tratado das acções, como uma introducção ás acções que dellas derivão; e mesmo porque todas as acções, inclusive a—*actio in rem*—, apresentão-se sob a fórma de credito contra aquelle, que tem lesado nossos direitos (15).

Tal foi o expediente, que tomárão, Mello Freire (16), e Bor-

(15) Savigny Dir. Rom. Tom. 1° pag. 382 e seg., Mackeldey Dir. Rom. Part. Ger. § 119 e Nots. Por se apresentarem as mesmas acções reaes sob a fórma de credito, está hoje introduzida a locução—*credor de dominio*—, que do Cod. Com. de Portugal passou para o nosso.

(16) Temos uma autoridade respeitavel, e nada mais; o mesmo Mell. Freir. não deixou de reconhecer a desordem do seu methodo. Ao principio do Livro 2° estabeleceu a proposição de Gaio. No Livro 3° declarou, que na significação de—*cousas*—entravão as—*acções*—; mas que apezar disto elle as não considerava como cousas incorporeas, e sim como meios de deman-

ges Carneiro (17), na exposição do nosso Direito Civil, commum á Portugal e ao Brazil. Um primeiro Livro para as —*pessoas*—: o segundo para as—*cousas*—, comprehendendo assim a successão testamentaria, como a successão *ab intestato*: e o terceiro Livro para as—*obrigacões*—e—*acções*—. As doações *inter vivos*, e *causa mortis*, que por motivo peculiar estavão no Livro das Institutas—*de divisione rerum*—(18), forão transportadas para o Tratado das *obrigações*, á par dos outros contractos beneficos.

Melhorou-se dest'arte o arranjamento das Institutas, mas não se applicou o typo adoptado. O terceiro membro da divi-

---

dar nosso direito em Juizo. E no Livro 4°, referindo-se á uma phrase accidental da L. 42 § 2° Dig. *de procurat.*, conclue reunindo as acções e as obrigações,—*quia obligatio actionum veluti mater dicitur*—. Accrescenta que, embora seu methodo desagrade,—*hoc satis est homini occupato, id est, Jureconsulto*—! Já se vê, que Mell. Freir. dava pouca importancia á questão do methodo. *Os direitos reaes*, quando violados, produzem acções, do mesmo modo que os *direitos pessoaes*.

(17) Declarou no Prefacio da sua Obra não acabada, que a divisão em tres Livros—das *pessoas*, *cousas*, e *obrigações*,—tres objectos do Direito—, era boa, e preferivel á novas theorias. Não bastava dizê-lo: era necessario, que o demonstrasse. Omittio as *acções*, substituindo-as pelas *obrigações*.

(18) Vinnio, Du Caurroy, Ortolan, Comment. ás Instit. L. 2° T. 7°, *de donation.* A doação não é modo de adquirir, é sómente um titulo. A palavra, porém, tomava-se em dois sentidos, indicando etymologicamente a propria tradição. « Ou começo pela tradição (diz Heinecc.), ou pela promessa: no primeiro caso a doação é modo de adquirir, no segundo é titulo.—*Donatio dicta est a dono, quasi dono datum*—Dig. *de mort. caus. donat.* L. 35 § 1°.

são comprehende as *obrigações* e as *acções*, quando só devêra contêr as *acções*. Confundio-se além disto materias, que são essencialmente distinctas.

Sem duvida ha um ponto de semelhança entre as—*obrigações*—(19), e as—*acções*—(20); pois que estas, ainda mesmo motivadas pela violação de *direitos absolutos*, tem sempre um caracter relativo. Ninguem desconhece, entretanto, que a *obrigação* preexiste independente da *acção*; e que a *acção* é a

---

(19) Em sentido geral não ha direito sem obrigação correlativa, mas trata-se aqui da obrigação do Direito Civil, correspondente aos direitos pessoaes—*jura in personam*—. A palavra indica especialmente o lado passivo do vinculo, porém virtualmente exprime o vinculo inteiro. O que é obrigação para um, constitue necessariamente direito para outro. Nada tem de falso o proverbio—*jus et obligatio sunt correlata*—, nem prevalecem as objecções em contrario. Vid. Maynz Elem. de Dir. Rom. § 88 pag. 191. Logo que o genero humano desapparecesse, ficando reduzido á um só homem, o direito de propriedade, e todos os mais direitos, ficarião sem razão de existencia. O direito quer a vida real: quer a possibilidade de relações do individuo intelligente e livre com entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino. O delicto deixaria de sêr causa immediata da obrigação de reparar o damno causado, se o delicto não exprimisse um direito violado.

(20) *Acção*, no sentido vulgar, é o facto do homem, que impõe sua força pessoal á todas as forças exteriores, que o cercão. No sentido especial juridico,—*acção*—quer dizer direito de demandar em Juizo,—*jus persequendi in Judicio*—; quer dizer tambem o exercicio desse direito,—o meio de exercita-lo,—o processo,—*medium legitimum* (definição de Heinecc.) *persequendi in judicio jura, quæ cuique competunt*;—*via sive medium* (definição de Vinn.), *per quod ad id, quod nostrum*

via commum, tanto para fazer valêr em Juizo o direito das obrigações *(direitos pessoaes)*, como para restabelecer o direito sobre as cousas *(direitos reaes)*.

Não sendo possivel harmonisar por este meio a realidade das cousas com o imaginado typo, recorreu-se á outros expedientes. Alguns considerão as—*obrigações*—como materia pertencente ao primeiro ramo da divisão—*pessoas*—(21); e tambem entendeu-se, que a palavra—*acções*—, empregada no fragmento de Gaio, designava, como na accepção vulgar, o mesmo que—*factos*—, capazes de produzir, ou de fazêr cessar, direitos ou obrigações (22).

---

est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur, et aufertur invitis—. A *acção*, pois, é um *direito*, é um *meio*; é simultaneamente, um *direito*, e um *meio*.—Como *meio*, isto é, como facto do homem para reconhecimento judicial de seus direitos, a *acção* entra na classe dos—*actos juridicos*—.

(21) As *obrigações* têm entrado, ao arbitrio de cada um, nos tres chamados objectos do direito—*pessoas*, *cousas*, e *acções*—. Ha exemplos de tudo, como se póde ver na excellente Dissert. de Blondeau, impressa na Themis Vol. 3º pag. 217.

(22) « Esta interpretação (diz o cit. Blondeau), que está em opposição ao uso geral, que os Jurisconsultos Romanos fizerão da palavra—*actio*—, não tornaria mais razoavel a proposição de Gaio. Em verdade, nada seria mais confuso do que um tratado, onde se começasse por definir todas as especies de direitos ou obrigações, sem indicar os modos particulares de adquirir ou perdêr cada especie; reunindo-se depois em uma segunda parte todos os acontecimentos, que se referissem ás differentes especies. » Entretanto, não alargando a significação da palavra, já notámos que as—*acções*—são *factos*, são *actos juridicos*; senão capazes de engendrar direitos, ao menos de protegê-los e conserva-los.

A opinião mais geral (23) separa o terceiro ramo da divisão relativo ás—*acções*—como uma classe de—*direitos particulares*—, estabelecidos para segurança dos outros direitos; e que os suppoem violados, ou ameaçados de violação (24). Sob o nome de—*pessoas*—comprehende unicamente as diversas especies de—*poder*—, que uns podem ter sobre outros—*jura potestatis*—. Sob o nome de—*cousas*—abrange, não só o direito real, pelo qual uma cousa nos pertence; senão tambem o vinculo especial, que obriga uma pessoa á dar, fazêr, ou não fazêr. E' facil conhecer o que ha de vicioso, e arbitrario, em semelhante nomenclatura, e nas suas distincções.

Se começamos pelas—*pessoas*—, e descrevermos todos os seus direitos; nada mais teremos á fazer, e torna-se portanto inutil a divisão. Que razão (á não dar-se um ponto de vista especial) para, tratando-se dos direitos das pessoas, in-

---

(23) Alguns Codigos, como ver-se-ha depois, seguirão essa ordem e disposição de materias.

(24) Essa classe de—*direitos particulares*—, em contraposição aos outros direitos, deu lugar á que certo Jurisconsulto (Vulteius Jurisprud. Rom.) dividisse o Direito Privado em duas partes. A primeira, que intitulou—*de jure absoluto*—, contendo os direitos que não suppoem a existencia anterior de outros direitos. A segunda,—*de jure relato*—tratando dos direitos, que não existem, senão porque houve infracção de outros—*jus quod præsupponit aliud*—. Desta distincção póde resultar a separação geralmente adoptada das—*leis civis*—, e—*leis do processo*—; ou *leis substantivas*—e—*leis adjectivas*—, na phrase de Bentham; tomando-se a palavra—*acções*—objectivamente, para designar o meio e a fórma do processo. Tomando-se porém a acção como—*jus persequendi*—, ella faz parte do Direito Privado theorico, e não do Direito Pratico. Vid. Eschbach—Introd. á l'étud. du droit §§ 28 e 29.

dicar tão sómente os—*jura potestatis*—, e excluir todos os outros? Todo o direito pertence ás pessoas, todo o direito é —*poder effectuado*—, embora exercivel com mais ou menos intensidade. As differentes especies d'esse—*poder effectuado* —são os direitos considerados em sua extensão. D'ahi dimanão as distincções, e as divisões.

Se começamos pelas—*cousas*—, no sentido amplo, tambem não podemos ir mais longe. As *cousas*, ou são de creação natural —*res corporales*—, ou de creação juridica—*res incorporales*—. As cousas incorporeas—*quæ tangi non possunt*—comprehendem todos os direitos—*quæ in jure consistunt*— (25), e obrigações por qualquer modo contrahidas—*obligationes quoquo modo contractæ* —(26); e admittida esta theoria, como judiciosamente pondera Ortolan, todos os direitos vêm successivameute accommodar-se na divisão das cousas incorporeas (27).

Se tomamos as —*cousas* — no sentido stricto e natural, distribuindo-as para uma classe privativa, e reservando para outra classe—a das *pessoas*—as—*prestações de factos*

---

(25) Em Direito Romano, não se deve perder de vista, que os direitos reaes—*jura in re aliena*—(pois que os direitos pessoaes se designavão pelo nome de —*obligationes*—) erão considerados como *cousas incorporeas*, não assim o direito real do dominio—*jus in re propria*—. O dominio identificava-se com a natureza dos bens, que erão seu objecto.

(26) Instit. Livr. 2° T. 2°, Dig. *de division. rer.* L. 1ª § 1°.—*Rei appellatione, et causæ, et jura, continentur*—Dig. *de verb. signif.* L. 23.

(27) Generalisat. du Droit Romain. Part. 1ª T. 2ª Cap. 2ª § 1.°

—ou—*serviços* (28), achar-nos-hemos com os seguintes resultados:

1.° As disposições concernentes ao *dominio*, e ás suas desmembrações, serão reunidas com a materia de obrigações relativas á entrega e ao gozo das—*cousas*,—*obligationes dandi*—, quaes as dos contractos em sua maior parte:

2.° Dessas obrigações relativas ás *cousas* serão separadas todas as outras, que tendem ao cumprimento de *serviços*, —*obligationes faciendi*—, quaes as dos contractos de mandato, locação de serviços; assim como as que respeitão á extensão do poder paternal, e do poder marital:

3.° Desapparecerá desta sorte toda a differença entre *direitos reaes, e direitos pessoaes*; differença tão importante, que é a chave de todas as relações civis.

Eis o fructo da rigorosa applicação de um enunciado equivoco, que não póde ser preceito de methodo. E como romper os laços naturaes das relações juridicas, envolvendo em ficticia combinação direitos, que derivão de principios oppostos; e desligando outros, que visivelmente funccionão com identicos effeitos? Renda-se homenagem á sagacidade dos Jurisconsultos Romanos, mas não se diga, que houve idéa normal

---

(28) Fraseologia de Bentham (Trat. de Legisl. Vol. 3° pag. 274), designando todo o facto do homem, que póde ser util aos outros homens; e tambem a omissão de factos, que podem ser nocivos. Aqui os *factos* são objecto de direitos, e não causa efficiente ou elemento gerador de direitos. Neste ultimo ponto de vista é que os factos têm importancia, e merecem a attenção do jurisconsulto—*ex facto jus oritur*—.

de systema nesse famoso texto, cuja importancia se tem exagerado (29).

Para evitar os indicados inconvenientes, varias classificações forão outr'ora propostas por alguns Jurisconsultos

---

3.ª ED.

(29) Aqui termino minhas observações sobre o systema do Direito Civil em relação ao enunciado romano—*omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*—; e agora, n'este aspecto, eis meu final juizo:

1.° Tal enunciado refere-se ao—Direito—*jus*, e portanto não serve immediatamente para norma da classificação dos—direitos—*jura*; serve porém superiormente, para depois classificar-se os—*direitos*—pelo mesmo principio classificadôr do—*Direito*—:

2.° Refere-se ao—*omne jus*—, que é o *Direito em geral*, e portanto não foi destinado, nem podia sê-lo, para o *Direito Civil* em qualquer de suas accepções:

3.° Referente ao *Direito em geral*, é aceitavel; reproduzindo-se no moderno systema do Direito Internacional Privado, que divide as leis em—*pessoaes, reaes*, e *mixtas*.—Vid. *infra* Nots. 175 á 178):

4.° Na referencia ao *Direito em geral*, é aproveitavel para a classificação dos—*direitos*—no Direito Civil; mostrando os *objectos dos direitos* como os mesmos das *leis*, e como os mesmos dos podêres no Direito Publico. Tal é o principio classificadôr juridico.

O Sr. Ribas, no seu Curso de Direito Civil Brasileiro, Tit. 5.° Cap. 3.° § 2.°, tambem entende, que a enunciação de Gaio não se-presta á bôa distribuição das materias de um Codigo.

de espirito mais independente (30). Entre elles sobresahe o celebre Leibnitz, que com o poder de seu genio censurou as Institutas; e proclamou o supremo principio, que deve dominar nestas materias (31).

A divisão, disse elle, não foi deduzida da consideração, que só póde servir de base á uma classificação juridica; isto é,—*da differença, que se observa entre os direitos e as obrigações*. Não são as *pessoas*, e as *cousas*, que se devem distinguir; mas suas obrigações, e seus direitos. O terceiro membro—*acções*—é superabundante, porque as—*acções*— nada mais são do que consequencias dos direitos; e por occasião destes devem ser explicadas (32), seguindo a importante distincção do—*jus in re*—e do—*jus ad rem*—, isto é, do—*dominio*—e da—*obrigação*—.

Sem duvida, é impossivel haver verdadeira classificação, sem que se a derive das differenças e conformidades, que constituem a natureza das cousas; e tal foi o principio director, que cuidamos de fixar logo ao começo dos nossos trabalhos. Leibnitz, porém, teve de applica-lo ao Direito Civil, procurando a differença dos direitos na differença das causas, que os fazem nascer, ou que os fazem cessar (33).

---

(30) Na Dissert. já citada da Themis Vol. 3° pag. 217 dá-se noticia dos methodos propostos por Vulteio, Conrado Lago, Connano, Hotoman, e Althusio.

(31) Na parte de suas Obras, que se intitula—*Nova methodus discendæ docendæque Jurisprudentiæ*—.

(32) Tambem assim pensamos, comtanto que se entenda a palavra—*acções*—, em seu primeiro sentido, como—*jus persequendi*—, e não como—*medium persequendi*—.

(33) As causas dos direitos são precisamente os—*factos*—em sua accepção mais larga, não unicamente os factos do homem,

Elle distinguio cinco causas de direitos: 1°, a natureza, 2°, a convenção, 3°, a posse, 4°, a successão, 5°, o delicto.

Uma critica bem fundada desta classificação lê-se no Prefacio, que serve de introducção á parte das Obras de Leibnitz relativa á jurisprudencia. Transcreveremos o proprio texto:

« E' com razão, que Leibnitz procurou tirar da differença dos direitos todas as divisões da sciencia das leis. Mas os direitos não differem somente sob o ponto de vista das causas, que os produzem. Direitos, que apresentão a maior semelhança, podem derivar de causas differentes; ao passo que a mesma causa

---

mas todos os acontecimentos, em virtude dos quaes as relações de direito começão ou acabão. Savigny (Dir. Rom. Tom. 3° pag. 3 e seg.) os denomina—*factos juridicos*—, classificando como mais importantes—1°, as successões, 2°, os actos livres, 3°, as declarações de vontade, 4°, os contractos, 5°, as doações, 6°, os factos dependentes de uma fixação de tempo.

No Esboço do Codigo Civil os temos classificado deste modo:

Os factos são, *exteriores*, ou *factos humanos*:

Os factos exteriores são, *necessarios*, ou *fortuitos*:

Os factos humanos são, *involuntarios*, ou *voluntarios*:

Os involuntarios tambem são, *necessarios*, ou *fortuitos*:

Os voluntarios são, *actos licitos*, ou *illicitos*:

Os actos licitos, ou não têm por fim immediato acquisição, modificação, e extincção de direitos, ou são *actos juridicos*:

Os actos juridicos, ou são *entre vivos*, ou *disposições de ultima vontade*.

3.ª ED.

O Livro Dir. de Fam. Introd. pags. 6 e 7 tambem discretamente recusa a classificação de Leibnitz.

póde produzir direitos, que não têm entre si a menor analogia. »

Além disto, accrescenta Blondeau (34), a palavra—*natureza*—, pela qual designa Leibnitz a primeira das causas, é extremamente vaga; e como elle entendia por *convenção* a propria lei, que considerou resultado do consentimento, ao menos tacito, de todos os membros da sociedade; poder-se-hia em rigôr refundir nesta segunda causa quasi todas as outras, e principalmente a *successão* e a *posse*.

Ao brilhante esforço de Leibnitz, que encerra uma verdade eterna, embora mal applicada, não são comparaveis outras tentativas, que se fizerão até meiado do seculo ultimo. Domat foi pouco feliz na divisão do seu Tratado das Leis Civis em duas partes—*engagemens*—(35) *successions*—, e o seu—*Delectus Legum*— tem a mesma ordem dos cincoenta Livros do Digesto. Pothier nas suas Pandectas tambem não se desviou dessa ordem, e foi no Tit. ultimo—*de diversis regulis juris antiqui*—(uma especie de recapitulação de todas as materias), que elle adoptou um novo plano, approximado ao das Institutas (36).

A classificação de Pothier comprehende o Direito Publico, e inclue todo o Direito Privado, sem escapar as fórmas

---

(34) Na Dissert. já mencionada, donde extrahimos uma grande parte destes esclarecimentos.

(35) Não se póde traduzir este termo sem infidelidade ao sentido do autor. Elle não quiz sómente exprimir as *convenções*, mas tambem (suas palavras) os empenhos, que se formão pelos laços naturaes do casamento entre o marido e a mulher, do nascimento entre os pais e os filhos, e do parentesco e allianças que d'ahi resultão.

(36) Assegura-se, que a idéa deste plano foi dada pelo Chanceller d'Aguesseau.

do *processo*, que não forão separadas das *acções* e *excepções*. Seu defeito capital está na confusão dos *direitos pessoaes* com os *direitos reaes*, cuja differença foi quasi anniquilada; pois que são envolvidas as *servidões*, a *hypotheca*, a *herança*, e as *obrigações*, como especies de cousas incorporeas. Este vicio tem sua origem nas idéas do proprio Direito Romano, que o insigne Jurisconsulto substanciára.

Mais tarde a necessidade de uma melhor classificação foi geralmente sentida, innumeros ensaios succedêrão-se rapidamente, o methodo antigo foi quasi banido das escolas. Fallamos da Allemanha, o paiz da meditação, onde a Sciencia do Direito, associando-se á historia, e á philologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos. Não são em tudo concordes os Jurisconsultos da nova escola, mas pronuncião-se com poucas excepções contra a ininteligivel divisão de —*pessoas*, *cousas*, e *acções*—.

Quando começárão os trabalhos do Codigo Civil Francez em 1790, as novas idéas não tinhão ainda tomado toda a sua ascendencia. Dominava em França o Direito Romano, e o que mais se conhecia, e estava em voga, quanto á innovações sobre o methodo do Direito Civil, limitava-se aos systemas de Domat e de Despeisses; cuja simplicidade tem sido encarecida até pelo proprio Maleville, um dos collaboradores do Codigo, á ponto de lamentar que não se a houvesse adoptado.

O que existia de codificação civil naquella época reduzia-se tambem ao Codigo de Baviera publicado em 1756, e ao da Prussia promulgado em 1794 (37).

(37) O Codigo Civil é parte integrante do Codigo Geral para os Estados Prussianos, que contém a legislação commercial, administrativa, e criminal. Não se deve confundir este Codigo com a Obra conhecida pelo nome de—*Codigo Frederico*—, publicada em 1749 e 1751, e organizada pelo Chanceller Coccêo.

Esses Codigos extensos, o primeiro no sentido das idéas reinantes do Direito Romano (38), e o segundo delineado como parte de um plano geral, erão menos proprios para servir de modelo (39). De resto pouca importancia se deu em França á questão fundamental do methodo, e a prova está em que o Codigo se foi decretando á retalhos; mandando-se depois incorporar as trinta e seis leis destacadas, que o compozerão.

Não seguio-se, nem o methodo de Domat e de Despeisses, nem a ordem das Institutas, sem perdêr-se comtudo de vista a antiga divisão de *pessoas e cousas*. O 1º Livro intitula-se—*das pessoas*—, e o 2º Livro—*dos bens e das differentes modificações da propriedade*—. Se alguns vêem nisto um arremedo das Institutas, e fazem merecidas criticas em combinação com as materias do 3º Livro, que se inscreve—*dos diversos modos de adquirir a propriedade*—; outros, menos razoaveis, defendem á todo o transe o Codigo de seu paiz, explicando a

(38) Não conhecemos o Codigo da Baviera senão pelos fragmentos deslocados da Concord. de Saint-Joseph. Este Codigo (diz elle pag. 26 Ed. Franc.) é quasi inteiramente moldado sobre o Direito Romano.

(39) Entretanto, pelo que respeita ao regimen hypothecario, o Codigo Geral dos Estados Prussianos servio de typo aos grandes principios da *publicidade* e *especialidade*, que distinguem o systema germanico. E' pela *transcripção* dos titulos translativos de dominio que se fixou a propriedade, e a *transcripção* quanto aos immoveis substituio a *tradição* do Direito Romano.

divisão por modo estudado, e proclamando sua excellencia (40).

O que, porém, não se póde harmonisar é a inscripção do 3° Livro sobre os modos de acquisição da propriedade; inscripção que deu materia para mais de dous terços dos artigos, de que se compõe o Codigo todo. Abandonou-se, é verdade, a maxima cardeal do Direito Romano, reguladora da transferencia do dominio (41), passando o titulo á ser modo de adquirir. Mas quem quererá conceder, que sejão contractos translativos de propriedade o *deposito*, o *mandato*, e a *locação* de bens ou de serviços? Que analogia tem com o enunciado desse immenso Livro 3° o *pagamento*, a *novação*, a *compensação*, a *remissão*, e até (*contrainte par corps*) a *detenção pessoal?*

Com muita razão se tem dito que a ultima divisão do Codigo Civil Francez poderia ter comprehendido todas as leis civis, e que o tratado das *pessoas* e das *cousas* não passa de simples preliminar (42). Que tanto é assim, que, para dar-se alguma consistencia aos dois primeiros Livros, foi necessario inserir nelles muitas materias, que poderião entrar no 3° Livro como relativas aos meios de adquirir. Taes são no 1° Livro a *ausencia* que dá logar á successão provisoria, o *casamento*, a *filiação*, a *adopção*, o *patrio poder;* e no 2° Livro a *accessão*, o *usufructo*, o *uso*, a *habitação*, e as *servidões*.

(40) Veja-se Lassaulx—*Introduct. à l'étude du Cod. Napol.*—, que explica por este modo:—O 1° Livro trata dos direitos resultantes das relações das pessoas, abstracção feita das cousas. O 3° Livro dos direitos provenientes das relações entre as pessoas, que têm por objecto as cousas no estado de movimento e circulação. O Livro intermediario diz respeito ás cousas no estado de repouso.

(41) *Traditionibus.... dominia rerum, non nudis pactis, transferentur*—L. 20 Cod. de pact.

(42) Maleville—*Analyse de la discussion du Cod. Civil au Conseil d'Etat*—pag. 2.ª

Não obstante seu methodo artificial, e com o mào principio da transferencia do dominio só por effeito dos contractos, o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia. Ao tempo da sua promulgação (em 1804) deu-se a favoravel circumstancia de imperar logo como lei por toda a parte, onde se fez ouvir a vóz do conquistador, que lhe impuzera seu nome. Restaurada a Europa, o methodo conservou-se, e tem-se imitado, posto que as disposições constitutivas do direito de propriedade em relação á terceiros estejão profundamente alteradas.

As divisões geraes do Codigo Civil da França são as mesmas dos Codigos da Sardenha, Duas-Sicilias, Luisiana, Ducado de Baden, dos Cantões de Vaud e de Friburgo. Todos esses Codigos fórmão um só grupo.

Fazem grupo diverso o Codigo Civil Austriaco de 1811, o do Cantão de Berne de 1831, e o da Hollanda de 1838. Não seguirão a ordem do Codigo Francez, e exigindo, além do titulo, um acto exterior para regular a transmissão da propriedade, guardárão a antiga classificação geral, mais ou menos modificada.

No da Hollanda acha-se precisamente a triplice divisão de *pessoas*, *cousas*, e *obrigações*, á que accresceu um 4° Livro que se intitula— *da prova e da prescripção*—. Declarou-se categoricamente na Memoria Justificativa do primordial Projecto desse Codigo (43), que rejeitava-se o plano e a theoria do Codigo Francez.

(43) Vid. Themis Tom 6° pag. 49.

Admittindo-se a distincção das leis romanas (dizia o autor da citada Memoria) entre o direito na *cousa*, e o direito *contra as pessoas*,—*jus in re*— e—*jus ad rem*—, não hesitou-se em adoptar a ordem das Institutas, que por sua clareza e simplicidade excede á todas as outras, e que está confirmada pela experiencia dos seculos; e consagrada pela autoridade de quasi todos os philosophos, e dos mais notaveis Jurisconsultos.

Este rasgo de elogio ao inculcado methodo das Institutas foi um anachronismo, porque em 1819 (data da Memoria) já se havia convindo quasi geralmente em abandonar a divisão antiga, jà o Direito Romano era leccionado por ordem diversa, e circulavão as Obras de Hugo, Mackeldey, e outros, onde domina a idéa capital de Leibnitz sobre a differença dos direitos.

O Codigo d'Austria trata no 1° Livro dos—*direitos reaes*—, e no 2° Livro dos—*direitos pessoaes*—. O do Cantão de Berne segue a mesma divisão, porém resentindo-se mais ostensivamente do vicio da antiga classificação; porquanto os *direitos reaes* e *direitos pessoaes* são subdivisões do *direito das cousas*, sendo o outro ramo da divisão geral o *direito das pessoas*.

Acha-se este defeito encoberto no Codigo d'Austria, onde não apparecem as denominações—*direito das cousas*—e—*direito das pessoas*—; mas o fundo do pensamento é o mesmo, dizendo-se—*direitos pessoaes sobre as cousas*—, e não simplesmemte—*direitos pessoaes*—. E' na Introducção, ou Parte Geral, que se trata do—*direito relativo ás pessoas*—, e do—*direito relativo ás cousas*—; comparem-se porém essas duas secções, e ver-se-ha que a das *pessoas* teve 284 artigos, e a das cousas 24 artigos sómente. O motivo de tal desproporção? Ter-se tratado na Secção das *pessoas* de todos os

direitos de familia (44), o que por certo não está na ordem das disposições geraes ou preliminares.

O Codigo do Cantão de Argovia, cuja primeira parte sómente nos é conhecida (45), parece querer tomar differente direcção. Começa pelos—*direitos pessoaes*—, e sob esta inscripção trata primeiro dos direitos de familia, comprehendidos na denominação secundaria de—*direitos pessoaes propriamente ditos*—. Qual seja a marcha ulterior desse Codigo, não se póde prevêr; entretanto a divisão geral *direitos pessoaes*, abrangendo os direitos de familia, já denota novidade de plano (46).

---

(44) E note-se, que a desproporção teria sido maior, se das disposições sobre o casamento não fossem destacadas as dos pactos matrimoniaes, que passárão para o Livro 2°, onde se legisla sobre contractos.

(45) Concord. de S. Joseph 2ª Part. pag. 101.

(46) Temos recentemente o Projecto do Cod. Civ. de Portugal, e o do Chile, que muito desejamos conhecer. Tambem ainda não vimos o Projecto do Cod. Civ. Hespanhol publicado em 1852.

Agora por nós conhecidos esses Projectos, eis nosso juizo:

O Projecto do Cod. Civ. de Portugal tem um methodo muito defeituoso, ou antes, não tem methodo algum, como demonstrámos em um Opusculo de composição nossa com o titulo—*Nova Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*—.

O Codigo Civil Chileno é um bello trabalho, mas seu methodo está longe de agradar-nos. Depois de um Titulo Preliminar, á imitação do Cod. Nap., sobre as leis, sua promulgação, effeitos, interpretação, e derogação, contém quatro Livros. O 1° trata das *pessoas*, o 2° dos *bens* e de seu dominio, posse, uso, e gozo; o 3° da *successão causa mortis* e da *doação inter vivos*; e o 4° das *obrigações*, e dos *contractos*.

Na exposição do nosso Direito Civil, o que ha de innovações no methodo antigo, attribuido ás Institutas, não passa do *Digesto Portuguez* de Corrêa Telles, e das Instituições de Coelho da Rocha, Professor na Universidade de Coimbra (47).

A primeira destas Obras, que seu autor considerou uma collecção de materias para o Codigo Civil de Portugal, não apresenta na distribuição e série de seus artigos ordem alguma, que se possa racionalmente justificar. O illustre Jurisconsulto renegou os precedentes da legislação do seu paiz, esposando as idéas do Codigo Civil Francez, dispensando a tradição para transferencia do dominio, e quasi destruindo a differença dos

O Projecto do Codigo Civil Hespanhol é uma cópia servil do Cod. Nap.

(47) Não contemplamos o *prospecto* do Dr. Vicente J. F. Cardoso no Livro intitulado---*Que é o Codigo Civil?* -porque sempre o reputámos um desses desvios, em que soem cahir os que abusão de seus talentos por amor da novidade. O innovador confessa (pag. 160), -que fôra inspirado pela perspectiva dos arbustos, que cercavão sua habitação na Ilha de S. Miguel; mas as inspirações nada rendem em materias desta ordem. Previo que seu plano era irrealizavel (pag. 183), reconheceu (pag. 161) que o ultimo ramo da sua—*Arvore de Justiça*—se havia de tocar muitas vezes com o primeiro; pois que é da morte de uns direitos que resulta o nascimento de outros. Legislação Criminal, do Processo e da Organisação Judiciaria, tudo confundio-se com as materias do Direito Civil propriamente dito; e foi como preencheu-se o ramo da—*vida dos direitos*—. O proposto systema, em ultima analyse, teria por base a diversidade dos—*factos juridicos*—; cuja classificação é difficil, e sem valor pratico.

direitos reaes e *direitos pessoaes*, cuja distinção estabelecêra ao encetar sua codificação (48).

Envolveu com a materia dos contractos os modos originarios de adquirir a propriedede, e bem assim o usufructo, o uso, a habitação, a hypotheca, e a successão testamentaria. Tudo isto acha-se accumulado no 3° Livro, e no 1° Livro é que se trata dos direitos, que derivão da propriedade e da posse, assim como dos modos de fazer cessar as obrigações, e da prescripção. A sucessão a intestado está no 2° Livro com os direitos de familia, e em *appendice* trata-se ahi da locação de serviços, porque se diz— os criados são como accessorios de uma familia (49).

O systema inteiro de um Codigo depende muitas vezes de uma só disposição (50) Se o respeitavel autor do Digesto Portuguez, imbuido nos principios de um falso Direito Natural (51) que não combina com os interesses da sociedade as relações entre as partes contractantes, resolveu adoptar a disposição do Art. 1583 do Codigo Civil Francez, um dos corolarios da outra disposição generica do Art. 711; era necessario, que

(48) Vid. Liv. 1° T. 3° ns. 43 e seguintes. No 3° Livro ns. 380, 381, e 385, e suas notas, o autor conspirou-se contra a legislação da Ord. L. 4° T. 7°, e T. 9°. Vid. Arts. 511, 534, 655, e 908 Consolid.

(49) Nos Codigos da Prussia, e da Luisiana, tambem se trata dos domesticos e servos em continuação dos direitos de familia.

(50) Judiciosa reflexão da citada Memoria justificativa do Projecto do Codigo Civil para os Paizes-Baixos, impressa na Themis Tom. 6° pag. 50.

(51) Fallaremos depois dos Escriptores, que proclamárão taes principios.

não tivesse omittido as diversas restricções desse Codigo, que servirão de correctivo (se bem que incompleto) (52) ao seu systema espiritualista, e acautelárão funestos abusos (53).

Ao contrario, se por um lado foi indifferente á todas as exigencias da sua innovação, tomando-a isoladamente, e não como applicação de uma theoria, que substitue o pensamento ao facto; por outro lado foi contradictorio, excluindo a tradição, e ao mesmo tempo conservando as regras do Direito Romano, e do Direito Portuguez, á respeito da tradição ficta, e symbolica, e dos actos solemnes da posse (54). Se o simples consen-

(52) Sobre isto não ha hoje duvida, porque, depois de acerbas criticas de muitos Escriptores, ahi está a reforma da Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. Vid. Not. 3 ao Art. 511 Consolid.

(53) Adiante exporemos quaes forão essas restricções, ou, antes, incoherencias.

(54) No Liv. 3° na propria Secção dos *effeitos da compra e venda* n. 383, e Liv. 1° ns. 595 e 596, vê-se a tradição ficta das clausulas *constituti*—, e da—*reserva do usufructo*—. Vid. Not. 4 ao Art. 909 Consolid. No Liv 1° ns. 590 e seguintes vem a tradição symbolica, e ns. 609 e seguintes os actos publicos de posse, substanciando-se as disposições da Ord. L. 1° T. 78 § 8° e L. 4° Tit. 58 §§ 3° e 4°—Vid. Arts. 910 á 913 Consolid. O Cod. Civ. Franc. Arts. 1604 e seg. trata da entrega da cousa, ou tradição, como uma obrigação do vendedor; reputa a tradição feita com a entrega das chaves da casa, ou dos titulos da propriedade; mas não como um acto symbolico—Zachariæ Dir. Civ. Franc. Tom. 1° pag. 397, Troplong. *Vente* Arts. 1604 á 1607—« Independentemente de declarações no acto da venda (Duranton Dir. Civ. Tom. 21 pag. 290), e da entrega dos titulos da propriedade, deve-se dizer, que hoje a posse transfere-se logo para o comprador, ou donatario; do mesmo modo que a propriedade só pelo facto do contracto da venda, ou da doação. »

timento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem.

A segunda Obra (a do Professor Coelho da Rocha) annuncia no prefacio a escolha do methodo de Mackeldey, entretanto que a imitação muito discorda do modelo (55). O que ha de semelhante é a *Parte Geral*, onde se estabelecem noções sobre os tres elementos—*pessoas*, *cousas*, e *actos juridicos*; porém Mackeldey não dividio, nem podia dividir, em relação á esses tres elementos, a *Parte Especial*, onde procurou expôr as diversas especies de direitos (56).

A exposição dos direitos, em symetria exterior com aquella divisão elementar, conduzio o distincto Professor á um desfecho, que não póde agradar. A successão a intestado foi separada da successão testamentaria, e esta ultima especie de successão veio unir-se aos contractos. E como percebêr nesta repugnante juncção a differença dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*, que Mackeldey fizera tão sensivel em dois livros distinctos? O systema do sabio Professor Allemão não peccou por este lado, mas pela abundancia de divisões escusadas.

(55) O autor declara haver-se servido da traducção franceza de J. Bering—Bruxellas 1837—, que é a mesma que temos em vista. O Escriptor allemão alterou o systema das edições anteriores.

(56) O illustrado Professor Portuguez declara francamente, que não desconhece os inconvenientes do plano, que seguira.

Tenhão os professores liberdade na opção do methodo mais proprio para facilitar o ensino, porém não haja nisto puro arbitrio. O methodo inflúe na theoria, e a theoria em materias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo. Para evitar desvios (57) e para ao mesmo tempo não constrangêr a doutrina, ou falsificar a sciencia, melhor é que, emprehendendo-se uma legislação nova, muito se medite á respeito do methodo conveniente.

Nós vamos vêr, como na distinção dos *direitos reaes*, e dos *direitos pessoaes*, repousa todo o systema do Direito Civil.

NOÇÕES FUNDAMENTAES

As differenças inalteraveis das relações juridicas determinão as naturaes divisões da legislação. A distincção das personalidades, e sua razão de existencia, assignalão os limites do Direito Publico e do Direito Privado. A sancção da pena no Direito Privado estrema as Leis Criminaes das Leis Civis (58).

---

(57) Em França os professores não podem alterar no ensino o methodo dos Codigos. A unica Obra, em que o Direito Civil Francez accommoda-se em divisões differentes, é a de Zachariæ, escriptor allemão de grande merecimento. Ultimamente foi essa Obra reduzida por Massé e Vergé á ordem do Codigo. Nunca approvaremos, que no ensino da legislação codificada altere-se a ordem das materias, como recentemente, quanto ao nosso Cod. do Proc. Crim., fizera um Professor da Faculdade de S. Paulo.

(58) Quando se publicar no 1º Volume da—*Classificação das Leis*—a Introducção, de que já fallámos, vêr-se-ha, que as proposições deste periodo são um epilogo de desenvolvimentos anteriôres.

Na esphera, em que nos achamos, as personalidades estão no mesmo nivel, ou sejão singulares ou collectivas; a differença de seus direitos só póde derivar das condições especificas, ou qualidades intrinsecas, que a analyse houver de discernir. Pois bem, observai attentamente as variadas manifestações desses direitos, estudai a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d'onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os *direitos absolutos* e os *direitos relativos* (59).

---

(59) Esta divisão é feita no ponto de vista da—*comprehensão*—dos direitos. Não se deve confundir com a outra divisão de—*direitos primitivos*, e *direitos derivados* ou *hypotheticos*—, cujo ponto de vista é a—*origem*—dos direitos. Fazemos esta observação, porque os Escriptores de Direito Natural chamão tambem *absolutos* os direitos *primitivos*, isto é, os que resultão immediatamente da natureza do homem, e não dependem de acto algum de sua parte. Todos os direitos primitivos são chamados absolutos tambem no sentido da—*comprehensão*—, mas direitos absolutos não serião sómente os primitivos. O direito de propriedade é *hypothetico*, adquire-se por actividade do homem; e no emtanto fôra direito absoluto, porque obriga á todos os outros, que se devem abstêr de perturba-lo.

3.ª ED.

Substitui no têxto a palavra *especie* pela palavra *parte*, porque tal é o proprio nome das bifurcações na *comprehensão*.

E por isso mesmo substitui na Nota duas vezes a palavra *extensão* pela palavra *comprehensão*. *Partes* não são *especies*, *partição* não é *divisão*, no rigôr logico; e *comprehensão* não é

A condição distinctiva dos *direitos absolutos* é que a sua correspondente obrigação (60) affecta a massa inteira das personalidades, com as quaes o agente do direito possa estar em contacto. A qualidade propria dos *direitos relativos*, ao inverso, é recahir sua peculiar obrigação sobre pessoas certas e determinadas (61).

---

extensão, á não dizêr-se *comprehensão extensiva*, já que esta no papel das Taboas ou dos Indices representa-se como a *extensão* propriamente tal. A *partição* distribúe por partes aliquotas, a divisão por partes aliquantas. *Especies* representão porções externas *de generos*, *partes* representão porções internas de *todos*.

(60) Eis a obrigação no sentido largo, que não é do Direito Civil. Consideremos que a obrigação de respeitar os direitos absolutos é logicamente posterior, e que a obrigação em tal caso é *protectora*, e não *constitutiva*, como nos direitos pessoaes (segundo a distincção de um escriptor); mas, embora no primeiro caso a obrigação não seja a base ou a causa dos direitos, não se segue que possa haver direito sem obrigação corelaliva—Archiv. de Droit. Tom. 5° pag. 133.

3.ª ED.

Pelas razões da Nota antecedente substitui no texto o adjectivo *especifica* pelo adjectivo *distinctiva*.

Factos são o objecto dos direitos *absolutos*, *e relativos*; e *factos* são, alem dos *positivos*, os *negativos* da abstenção, e do não feito validamente.

A condição distinctiva dos *absolutos* (exactissimamente) é têr *factos* por objecto contra todos, com abstração das *cousas*.

3.ª ED.

(61) Acrescente-se—mas abstrahindo de taes pessoas.

A qualidade propria dos *direitos relativos* (exactissimamente) é têr *factos* por objecto contra pessôas determinadas, com abstracção d'ellas.

No primeiro caso a obrigação é *negativa*, consiste na inacção, isto é, na abstenção de qualquer acto, que possa estorvar o direito. No segundo caso a obrigação é *positiva*, e consistente na necessidade de um facto ou prestação da pessôa obrigada (62). Esse facto ou prestação póde sêr tambem, como no primeiro caso, uma abstenção, mas com uma differença notavel.

A inacção indispensavel á effectividade dos *direitos absolutos* nunca induz a privação de um direito da parte daquelles, á quem a obrigação incumbe: essa inacção é necessaria para co-existencia dos direitos de todos, ou, por outro modo, é o justo limite dos direitos de cada um. Quando, porém, os *direitos pessoaes* (63) correspondem á uma obrigação de não fazêr, ou de abstenção, a pessôa obrigada priva-se do exercicio de um direito que tinha, e que voluntariamente renunciou em favôr do agente do direito.

Se por estes caracteres, verificados nos constantes effeitos das relações humanas, é patente a differença dos *direitos absolu-*

---

(62) Eis a obrigação do Direito Civil.—*Juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicujus rei solvendæ*—Inst. L. 3° T. 13 princ. *Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum*—Dig. *de obligat. et action*. L. 3° princ.

3.ª ED.

Só attendi n'este contraste ao caracter *adversus omnes* dos *direitos absolutos*, mas não esqueça o outro caracter da abstracção das *cousas*. Convertidas em universidades juridicas (*universitates juris*) alimentão muitas obrigações positivas, como nas heranças, e nos concursos de credôres.

3.ª ED.

(63) Alterei com razão o texto, dizendo *direitos pessoaes*; e não, como estava,—*direito relativo*—.

tos e *direitos relativos*; temos as noções radicaes, de que devêmos partir para exacto conhecimento do quadro inteiro das Leis Civis (64). As tradições da Sciencia confundem não pouco esta materia, as palavras nem sempre designão as idéas, e da analyse e deducção philosophicas colhem-se os seguintes corollarios:

Os chamados direitos absolutos—*liberdade, segurança*, e *propriedade*—(65), entrão na comprehensão da Legislação Criminal, que os protege e assegura com a penalidade (66). Desses

3.ª ED.

(64) Em accôrdo com minhas novas idéas na Proposta approvada pelo Conselho de Estado, e agora realisadas no meu 3.° Indice, fiz as mudanças anteriôres, e irei fazendo as necessarias. Agora no têxto se diz—para exacto conhecimento do quadro inteiro das Leis Civis—, e não como estava na 1ª e 2ª Edição.

(65) A enumeração de taes direitos é feita ao arbitrio de cada Escriptôr, sem que haja nisto inconveniente. Em ultima analyse reduzem-se aos direitos de—*personalidade*---e de -*propriedade*---, ou antes aos de---*personalidade*---sómente. O direito de *propriedade* é uma realização do direito de *personalidade* relativamente aos objectos exteriôres, de que o homem tem necessidade para sua existencia e desenvolvimento. Antes dessa realização existe a simples faculdade---*liberdade*---de unir á personalidade os objectos exteriôres. Ainda não ha *direito de propriedade*. O *direito de propriedade* começa no momento, em que a união se verifica. A enumeração, que acima adoptamos, é a da nossa Constituição no Art. 179. Harmonisèmos a theoria com as Leis do Paiz.

(66) O nosso Cod. Pen. está felizmente de accôrdo com o Art. 179 da Const., classificando os crimes particulares: 1°, crimes contra a liberdade; 2°, crimes contra a segurança; 3°, crimes contra a propriedade.

direitos o de *propriedade* unicamente entra na Legislação Civil (67). É no *direito de propriedade* que havêmos de achar os *direitos reaes*.

Os direitos pessoaes, exceptuados os podêres da personalidade publica no circulo das leis organicas e administrativas, de que agora não tratamos (68), pertencem em regra á Legislação Civil (69), que define e regula as obri-

(67) Não queremos dizer, como Locré—*Esprit du Cod. Napol.* pag. 66---, que as Leis Civis só têm a estabelecêr regras sobre a propriedade, o que em sentido ainda mais extenso repete o Dr. Cardoso no seu Opusculo---*O que é o Codigo Civil?*---pag. 95 e seg. Fallâmos em referencia á direitos absolutos. Entre os---*direitos pessoaes*---alguns ha nas relações de familia, que não têm por objecto a propriedade. Quando os chamados absolutos de personalidade entrão na Legislação Civil, é com o caracter de direitos pessoaes em razão de terem sido violados. Elles não se manifestão activamente senão nos casos, em que têm sido lesados em consequencia de delictos ou quasi delictos, e então dão lugar á acções de pêrdas e damnos---Zachariæ Tom. 1° § 168.

(68) Quanto ás Leis Organicas, o Codigo Criminal pune as omissões dos empregados publicos. Essas omissões são violações de direitos pessoaes do Estado. Se os chamados direitos absolutos correspondem á inacção, a violação só póde sêr uma acção. Os direitos pessoaes reclamão a acção, e a violação só póde sêr a omissão. O crime pois (Art. 2° § 1° do Cod. Pen.) é uma acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes. As leis administrativas contêm um longo catalogo de direitos pessoaes.

(69) Nas relações de familia existe um caso de excepção, que é o adulterio, punido pelos Arts. 250 e 251 do Cod. Crim. Este delicto, pelo lado dos conjuges entre si, importa a vio-

gações dos individuos entre si. Eis os nossos *direitos pessoaes* (70).

Direitos relativos—direitos pessoaes—corresponderião á mesma noção, se a variedade de expressão não denunciasse a differença. São *relativos* esses direitos, em contraposição aos *direitos absolutos*, porque não recahem sobre todos. São *pessoaes*, porque necessariamente dependem da intervenção de

---

lação de um direito pessoal; pelo lado do adultero, corresponde á offensa do direito de segurança do estado civil. Póde-se tambem contemplar o caso dos tutôres e curadôres, de que trata o Art 247 do cit. Cod. Vid. Arts. 109, 291, e 585 § 2°, Consol. Nas relações dos contractos e quasi-contractos a regra é, que as faltas não constituem delicto, e regem-se pelos principios peculiares das convenções. Todavia, essas faltas podem algumas vezes degenerar em delictos do Direito Criminal, e temos exemplos no Cod. Crim. Arts. 258, 259, 264§§ 2° e 3°, e 265 part. 2.ª Vid. Arts. 431, 435, e 535, Consolid. Nas relações motivadas pelos delictos e quasi-delictos o não cumprimento das obrigações, que d'ahi resultão, não póde originar outros delictos. Entretanto o Art. 32 do Cod. Pen. e o Art. 226 do Cod. do Proc. Crim. mandavão condemnar á prisão com trabalho o delinquente, que não tivesse meio para satisfação do damno causado. Mas esta disposição foi virtualmente revogada pelo Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841. O Av. Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 dá uma intelligencia contraria, que nos parece insustentavel. Vid. Art. 799 e Not. Consolid.

3.ª ED.

(70) Harmonisei a redacção d'este periodo com as novas idéas da Proposta do Codigo Geral, que aqui tanto influem.

pessoas individualmente passivas. Mas não são *pessoaes*, porque abstrahem das pessôas individualmente passivas (71).

Com os *direitos reaes* não acontece o mesmo. Em primeiro logar é preciso separar os direitos immediatamente concernentes á personalidade do homem, que são alheios da Legislação Civil. Em segundo logar, separados esses direitos da personalidade, a idéa geral da *propriedade* carece de limitações, sem as quaes a noção dos *direitos reaes* será inexacta.

A idéa geral da *propriedade* é ampla : ella comprehende a universidade dos objectos exteriôres, corporeos e incorporeos, que constituem a fortuna ou patrimonio de cada um (72). Tanto fazem parte da nossa propriedade as *cousas materiaes*, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os *factos* ou *prestações*, que se nos devem, e que, á semelhança

---

3.ª ED.

(71) Harmonisei tambem este periodo com as indicadas novas idéas, rematando-o com a differença entre os *direitos relativos*, e os *direitos pessoaes*.

(72) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. 2ª L. 1° Cap. 1°, (4ª Ed.) applica a expressão—*propriedade*—, como synonima do *direito real*, aos objectos materiaes sómente, o que está nos habitos da linguagem; e, para enunciar a idéa mais extensa, serve-se do termo—*l'avoir*—. Tanto importa, que se mude de expressão para designar as duas idéas, como enuncia-las pelo mesmo vocabulo, comtanto que bem se-percebão as accepções diversas. Isto acontece com a maior parte dos termos juridicos. O mesmo Ahrens diz depois—a propriedade é o ponto central deste—*havêr*—, concebido no ponto de vista do direito, porque as prestações concernem á cousas, ou são apreciaveis em dinheiro, signal representativo das cousas.

das *cousas materiaes*, tem um valôr apreciavel, promiscuamente representado pela moeda (73).

A noção dos *direitos reaes* não é tão larga: está para a idéa geral da *propriedade*, como a parte está para o todo. A propriedade abrange os *direitos reaes*, e tambem a maior parte dos *direitos pessoaes* (74); e não haveria differença entre estes direitos, se o direito absoluto de propriedade fôsse o mesmo *direito real*.

Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessôa alguma, seguil-o incessantemente em podêr de todo e qualquer possuidôr, eis o effeito constante do *direito real*, eis seu caracter distinctivo. Este caracter é opposto ao do *direito*

---

(73) Tomada a propriedade neste sentido amplo, como complexo dos direitos pessoaes---*obligationes*---, e dos direitos reaes---*jura in re*---, é objecto do que chamão os Allemães theoria do patrimonio, ou---*direitos patrimoniaes*---. Vid. Maynz Dir. Rom. § 91 pag. 196. Estes *direitos patrimoniaes* contrapoem-se em tal caso aos *direitos pessoaes* em sentido muito differente do nosso, isto é, comprenhendendo os direitos concernentes ao estado do homem, sua capacidade de obrar, adquirir e dispôr; e até os direitos politicos, que não pertencem ao Direito Privado. Esta nomenclatura deriva do Direito Romano com a sua distincção de cousas corporeas e incorporeas. É por isso que os Codigos, que não seguirão o systema do Cod. Napoleão, não dizem simplesmente—*direitos pessoaes*---, quando tratão das obrigações dos contractos e delictos; mas sim—*direitos pessoaes sobre as cousas*---, sendo estes direitos pessoaes, e os direitos reaes, uma divisão do chamado---*direito das cousas*---.

(74) É preciso exceptuar, como já dissemos, alguns direitos pessoaes nas relações de familia.

pessoal, que não adhere ao objecto da propriedade, não o segue; mas prende-se exclusivamente á pessoa obrigada, —*ejus ossibus adhæret ut lepra cuti*—.

Ora, que os *direitos reaes* não são applicaveis á todos os objectos, de que se compõe a propriedade; facilmente comprehende-se, e a observação confirma.

A possibilidade do *direito real*, com o seu effeito essencialmente physico, só concebe-se em relação aos objectos corporeos—*cousas*— no sentido natural da palavra; e tal é a primeira limitação, que de necessidade restringe a idéa de *propriedade* em seu sentido mais extenso. Os objectos incorporeos, que são apreciaveis pelo denominador commum—moeda—, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptiveis de posse, nem dos effeitos do *direito real* (75).

Ainda mais, o *direito real* recahe sobre objectos corporeos, que existem immediatamente submettidos ao agente do direito —*incidimus in eum*—, é affirmação do nosso podêr sobre o objecto do direito;—*in re potestas plena*—, se se trata do dominio;—*pro parte*—, se se trata dos outros direitos reaes; entretanto que os objectos, representados pelos factos, ou prestações, que se nos devem, terão de existir, depois que esses factos fôrem cumpridos por um intermediario passivo do direito —*nulla in re potestas*—.

---

(75) *Dominium est jus in re corporali*.---*Quum itaque incorporales res tangi nequeant; consequens est, ut proprie nec possideantur, nec tradantur, nec in dominio sint; sed in bonis esse intelligantur*. Heinecc. *Elem. Jur. Civ.* §§ 287 e 341, *Recitation.* L. 2° T. 2° § 388.---*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est*---L. 43 § 1° Dig. *de adquir. rer. dom.*

Outra distincção ainda se faz necessaria, para que a noção, que analysamos, fique precisamente em seu valôr. As cousas (objectos corporeos) são moveis, ou immoveis (76).

As cousas moveis, sujeitas á *contrectação* (77), sem assento fixo (78), susceptiveis de circulação rapida (79), de facil deterioração (80), consumiveis algumas ao primeiro uso, consistindo muitas vezes em *genero* e não em *especie*, determinando-se por quantidades abstractas, e podendo ser substituidas por outras cousas homogeneas, que preenchem as mesmas

---

(76) Art. 42 Consolid.

(77) Só as cousas moveis podem sêr furtadas, porque o furto de uma cousa suppõe necessariamente, que ella possa sêr tirada de um logar para outro---*amotio de loco ad locum*---Chauveau *Theor. du Cod. Pen.* Tom. 5° pag. 27. Furtar, roubar, ---*contrectatio fraudulosa*---, é *tirar* a cousa alheia contra a vontade de seu dôno---Arts. 257 e 259 Cod. Crim.

(78) D'ahi as regras sobre os estatutos do paiz, que devem regê-los---Vid. Chassat *Trait. des Statuts* pag. 95 e seg. —*mobilia sequuntur personam*---.

(79) E' por isso que as cousas moveis só podem servir de objecto ao commercio propriamente dito---*Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*---L. 66 Dig. *de verb. significat.* Vid. Massé *Droit Commerc.* Tom. 3° n. 419 e 432. A venda de immoveis não é commercial---Cod. do Com. Art. 191. As questões sobre immoveis, com poucas excepções, não competem ao Juizo Commercial---Cod. do Com. Tit. Un. Art. 19 § 3°, e Art. 13 do Reg. Com. n. 737.

(80) D'ahi as consequencias legaes sobre a administração destes bens: importa vendê-los, e convertê-los promptamente em cousas productivas, quando pertencem á pessôas incapazes. Vid. Arts. 286 e seg., 329, 1237 § 4°, 1246, e 1248, Consolid.

funcções (81), escapão em grande parte á affectação, e aos effeitos, dos *direitos reaes* (82).

As segundas —*solum et res soli* —, pela sua natural consistencia, por seus attributos peculiares, vantagens que offerecem, constituem a *propriedade* por excellencia (83), são a verdadeira séde dos *direitos reaes*. Verifiquêmos esta conclusão.

O *direito real* tem duas manifestações, uma necessaria, e a outra possivel. Ou nós o exercêmos sobre nossas proprias cousas—*jus in re propria*,—ou sobre cousas de outros —*jus in re aliena*.

---

(81) Destes caracteres resulta a importante distincção das cousas *fungiveis*, e *não fungiveis*. —*Resque usu consumuntur*, —*quæ pondere, numero, vel mensura, constant;— in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie.* Vid. Arts. 477, 478, 841 e seg. Consolid.

(82) É porisso que no *mutuo* o dominio da cousa emprestada não fica no mutuante, mas passa para o mutuario, que só tem obrigação de pagar outra igual quantidade do mesmo genero —Arts. 479 e 480 Consolid. No *quasi-usufructo* (usufructo de cousas fungiveis) a propriedade da cousa tambem passa para o usufructuario. Já não é assim no *commodato*— Art. 497 Consolid. Pelo Direito Francez (Arts. 2279 e 1141 Cod. Civ.) a posse dos moveis vale como titulo, e d'ahi segue-se, que em geral a reivindicação não é receptivel em materia movel—Zachariæ Dir. Civ. Franc. Tom. 1° pag. 155 e 193. Sobre a natureza e caracteres da propriedade movel veja-se Rivière *Exam. du regim. de la propriet. mobil.*

(83) É bem conhecida a antiga maxima ---*mobilium vilis possessio*—. São bem pronunciadas todas as legislações na preferencia que dão á propriedade immovel, o que em parte se deve attribuir á influencia das tradições feudaes.

Em relação ás nossas proprias cousas, o *direito real* é o proprio dominio; e como seu objecto em tal caso é a *propriedade plena*, quando tal, com todos os direitos elementares, que a constituem, não podem havêr especies (84).

Em relação ás cousas de outros, o *direito real* tem por objecto a *propriedade limitada*; e como a limitação póde sêr realizada por varios modos, a differença entre elles póde occasionar outras tantas especies de *direitos reaes* (85).

(84) Não usamos da expressão—*propriedade plena*—para designar o mesmo que o *dominium plenum*—, isto é, a propriedade e o usufructo, em contraposição ao—*dominium minus plenum*, *vel imminutum*—, isto é, a propriedade decomposta em dominio *directo* e *util*—(Consol. Art. 62). Esta divisão do dominio (Consolid. Art. 915) não tem por objecto o dominio perfeito, mas sim o imperfeito, de que é uma subdivisão—Heinecc *Elem. secund. ord. Instit.* § 291. A outra divisão em *dominio solitario* e *condominio* é feita em relação ao agente do direito—*ad personam domini respicitur*—, e não destróe a unidade do dominio, porque a co-propriedade corresponde á uma parte ideal da cousa commum. A divisão em *revogavel* e *irrevogavel* suppõe o dominio transferido, posto que sujeito á uma resolução. Ora, a expressão—*propriedade plena*—considera reunidos todos os direitos parciaes, cujo complexo constitue o dominio; não se refere á algum modo particular de separação desses direitos parciaes, nem ás pessôas, que podem exercêr o dominio, nem ao modo da sua transferencia e duração.

3.ª ED.

Todavia, como effectivamemte dá-se o nome de *dominio* á esses casos de propriedade não plena, fiquem salvos agora com a restricção—*quando tal*.

(85) Não se confunda a limitação da propriedade em geral com o *jus aliena in re*. Este direito real opéra uma limitação da propriedade, mas nem toda a limitação da propriedade confere um direito real na cousa alheia. Além de muitas limitações, ou modificações da propriedade, como dizem os Escriptôres Francezes, estabelecidas pela lei; existem outras, creadas pela vontade do homem, que não trazem *jura in re aliena*. Para haver *jus in re aliena* é necessario, que a propriedade seja limitada pela lei, ou pela vontade do homem (contractos e testamentos); mas conferindo á terceiros direitos elementares do dominio, á par do proprio dominio.

Se o proprietario, para garantir o que deve, sujeita a propriedade ao credor, obrigando-se á não aliena-la—*propriedade affectada*—, dá-se o direito real de *hypotheca*. Se desmembra o dominio, perpetua ou temporariamente, transferindo á outro a utilidade da cousa, dá-se o *emphyteuse*. Se transfere o direito de posse, uso, ou gôzo, mais ou menos completamente,—*propriedade dividida*, *gravada*—, dão-se os direitos reaes das *servidões*, *superficie*, *usufructo*, *uso*, e *habitação*.

Concebe-se, que o direito real de dominio recáia, e produza seus effeitos, sobre uma certa classe de bens moveis (86); entretanto, que possivel é sempre sobre cousas immoveis. A usurpação das cousas moveis dá lugar á acções criminaes por furto, ou roubo; a sua restituição, ou a indemnisação do equivalente, consegue-se no juizo civil por uma acção pessoal *ex delicto* (87).

(86) Na reivindicação dos moveis (Art 917 Consolid.) o autôr deve declarar os signaes distinctivos da cousa. Ha porém muitas cousas moveis de facil confusão, de modo que não se podem distinguir umas das outras.

(87) Vid. Arts. 799, 802, 803, e 804, Consolid.

As cousas immoveis não podem ser furtadas (88). O proprietario excluido faz sempre valêr seu direito real, demandando á todo e qualquer possuidôr (89).

Quanto aos outros *direitos reaes—jura in re aliena—*, concebe-se a applicação da hypotheca aos bens moveis, e ha disto exemplos (90); tambem ha exemplos da applicação do

(88) Se os immoveis são objecto de uma occupação fraudulenta, ou violenta, não se dá furto, ou roubo; mas uma usurpação, invasão, intrusão---Merlin Repert. *vb.---vol* ---Secç. 1ª n. 2,---Chauveau *loc. cit.—Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse*---*L*. 25 Dig. *de furt*. As Institutas L. 2ª Tit. 6º *De usucap*. § 7º, enunciando esta regra, attestão, que ella não foi sempre observada—*Abolita est quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri*.

(89) Vid. Arts. 884 e 925, Consolid. Quando o proprietario escolhe demandar o valôr da cousa, a acção real toma o nome de *acção subsidiaria da reivindicação*---Cit. Art. 925 Consolid., 927, e Not. ao Art. 841.

(90) O primeiro exemplo é o do nosso paiz, onde abundão as hypothecas sobre moveis, e até sobre dividas. A nossa lei civil nada distingue, antes permitte as hypothecas geraes, e manda registra-las—Arts. 1284 e 1288 Consolid. O Cod. do Com. Arts. 266 e 879, supposto tolhêsse as hypothecas geraes, não diz que só se possão hypothecar bens immoveis; e as primeiras palavras do Art. 265 são simplesmente enunciativas. Pelo Drieito Romano os moveis podião ser hypothecados segundo a regra—*Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*—L. 9 § 1º Dig. *de pignor. et hypoth*. O direito de penhôr e hypotheca (Mackeldey Dir. Rom. Not. 2 ao § 338) é ordinariamente um *direito real (jus in re)*, mas sómente quando uma cousa corporea fórma seu objecto; o direito de penhôr conferido sobre um credito, sem instrumento, que o represente, conserva sua natureza de obrigação. Actualmente todas as legislações, tanto as que seguirão o Cod. Civ. Franc., como as que adoptárão o regimen hypothecario germanico, restringem a hypotheca aos bens immoveis. Muito poucas se exceptuão, como as de Hamburgo e Lauenburgo, que permittem a hypotheca de moveis; e a de Hungria, onde as hypothecas são geraes, salva a estipulação em contrario—S. Joseph *Concord. entre les Lois Hypth*. Introduct.---*Em moveis não ha sequela por hypotheca*—é a maxima do Direito Francez (Art. 2119 Cod. Civ.), que foi adoptada no Dig. Port. de Corr. Tel. L. 3ª n. 1262. Evite-se porém o erro de pensar, como pensára Benech—*Droit de preference*—, que póde haver hypotheca sem a sequela inherente ao direito real, ou que a força da hypotheca reside no direito de preferencia. O nosso Direito separa o direito de preferencia, e o da sequela; mas aquelle existe, sem que haja hypotheca, o que não acontece com o outro. Vid. Nots. aos Arts. 834 e 1278 Consolid. A verdadeira hypotheca deve necessariamente têr seus effeitos, consignados no Art. 1269 Consolid.

usufructo (91), especialmente aos moveis, que se não conso-

3.ª ED.

Dêsde a execução da Lei 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2º § 1º a hypotheca entre nós só recahe sobre immoveis, e seus accessorios com elles, como já da 2.ª Ed. consta Not. ao Art. 1269 § 2.º

(91) O usufructo,—direito de gozar da cousa de outro com a limitação de deixar salva a sua substancia---, é legal, ou voluntario. Em nossa legislação ha do usufructo legal varias especies:---1º, o dos bens da Corôa (Art. 52 § 3º, Consolid.) ---2º, o do pai sobre os bens de seus filhos não emancipados

mem ao primeiro uso (92). Entretanto que, não só a hypotheca e o usufructo, como todas as outras especies de direitos reaes, são proprias dos immoveis. As servidões reaes (93), o

(Art. 174 e seg., Consolid.)---3°, o da viuva quinquagenaria, que se recasa tendo descendentes (Art. 161 e seg. Consolid,) ---4°, o do pai ou da mãi, que passão á segundas nupcias, existindo filhos do primeiro matrimonio, sobre os bens em que succedem por fallecimento de qualquer dos ditos filhos (Art. 966 e seg. Consolid.) Bem se vê, que estas especies referem-se á immoveis, e moveis. A nossa lei, como o Art. 526 do Cod. Civ. Franc., reputando immoveis o usufructo das couas immoveis (Art. 47, Consolid.), persuppõe o usufructo de cousas moveis. Vid. Art. 581, do Cod. Civ. Franc.—*Constituitur autem usufructus non tantum in fundo et ædibus, verum etium in servis, jumentis, et ceteris rebus*—Inst. L. 2° T. 4° § 2° *de usufr.*

Quanto ao usufructo, que ácima attribuo ao pai e á mãi, que passão á segundas nupcias, veja-se a Nota addicional ao Art. 966 Consolid.

(92) Consistindo o usufructo na limitação de não dispôr da substancia da cousa, e por conseguinte de a não consumir, resulta, que só devêra têr por objecto as cousas corporeas, que se não consumissem com o uso.---*Exceptis iis quæ ipso usu consumuntur*---são as palavras das Instit. *loc. cit.*; entretanto admittio-se depois por analogia o usufructo de cousas fungiveis, e d'ahi veio a distincção entre o---*verus usufructus*---e o---*quasi-fructus*---. Em tal caso, como já se notou, o usufructuario torna-se proprietario da cousa com obrigação de restituir outra quantidade do mesmo genero igual á consumida.

(93) As servidões reaes ou prediaes, em contraposição ás pessoaes, em cuja classe entra o usufructo, suppoem necessariamente a existencia de immoveis pertencendo á proprie-

empytheuse (94), os direitos adherentes ao interiôr e á superficio do solo, são direitos reaes, que não podem recahir senão sobre immoveis (95).

E' portanto nas cousas immoveis, que o *direito real* apparece em suas diversas manifestações, e acha a possibilidade de seu desenvolvimento completo. Podêr-se-ha, porém, pela observação de seus effeitos, e caracteres, remontar á causa, que os produz? Haverá um principio determinante dos *direitos reaes,* que *a priori* se possa assignar, e sirva de regra ás legislações?

No dominio é o proprietario sómente, que se acha em relação immediata com a cousa, e sem o *direito real* o dominio seria anniquilado. *O direito real* em tal caso é um podêr inherente ao dominio, é o mesmo dominio, e com elle se confunde (96).

tarios differentes---Art. 47 Consolid. Sobre as servidões urbanas Vid. Arts. 936 á 956, 1330, e 1331, Consolid. Sobre as rusticas---Arts. 957, 958, e 1333, Consolid. Da diversidade das servidões, e da de outros direitos, vêm a necessidade de diposições geraes sobre o que sejão *predios urbanos*, e *rusticos.* Vid. Arts. 50 e 51 Consolid., extrahidos da legislação sobre a siza dos immoveis; e Lobão, *Trat. das Caz.* §§ 42 á 46.

(94) A natureza do emphyteuse está bem caracterisada no Art. 606 Consolid.

(95) Vid. Consolid. Nots. 4 e 5 ao Art. 52 § 2°, e Not. ao Art. 1332.

(96) Eis a razão, como já notamos, por que o Direito Romano, considerando cousas incorporeas os outros direitos reaes, não reputava da mesma maneira o dominio.

Nos outros direitos reaes—*jura in re aliena*—o agente do direito tambem está em relação immediata com a cousa. e sobre ella exerce, posto que parcialmente, ou até certo ponto, um direito tão independente, como o do dominio; mas esse direito não está só, elle co-existe com o do proprietario, de que foi emanação.

O dominio é a somma de todos os direitos possiveis, que pertencem ao proprietario sobre sua cousa, quaes os da *posse, uso, gôzo, e livre disposição* (97). Os outros direitos reaes são parcellas daquella somma, são os proprios direitos constitutivos do dominio; são podêres, que sobre a cousa attribuem-se á outras pessôas.

Se em todos os casos de attribuição desses podêres realisados vissemos nascêr um *direito real*, haveria por certo um signal indicadôr, uma causa efficiente, de direitos reaes na cousa alheia. As Legislações, e a Historia do Direito, attestão o contrario.

As *servidões*, o *usufructo*, o *emphyteuse*, o *direito de superficie*, e outros direitos analogos, são faculdades de uso, e gozo, conferidas pelo proprietario da cousa; da mesma maneira que o são a *locação*, e o *commodato*. Entretanto, se das primeiras derivão *direitos reaes*, não só pela Legislação Romana, como por todas as legislações, o mesmo não acontece com as segundas.

A Legislação Franceza (98) em contrario á L. *emptorem* (99), e á nossa Ord. L. 4º Tit. 9º (100), nega ao compradôr da

(97) Vid. Art. 884 Consolid. Para usar, e gozar, e necessario possuir.

(98) Art. 1743 Cod. Franc.

(99) L. 9. Cod. *de locat. et conduc.*

(100) Art. 655 Consolid., que reproduz a maxima—*sucessor particularis non tenetur stare colono*—.

cousa arrendada o direito de despejar o arrendatario; e desta maneira elevou a *locação* á categoria de um *direito real*, transformando a natureza deste contracto. Muitos Jurisconsultos, como Delvincourt (101), Toullier (102), Duranton (103) Proudhon (104), e Duvergier (105), sustentão ainda assim, que a locação só confere um *direito pessoal*; mas o sabio Troplong (106), os refuta tão vigorosamente, que nada deixa á desejar. « Ora, o que é um direito (diz elle) (107), que da pessôa recahe sobre a cousa por uma affectação directa e incessante, que segue esta cousa de mão em mão, que sobrevive ás alienações, e ás mudanças de proprietarios? Será um desconhecido em jurisprudencia? Não. Os Jurisconsultos de todos os tempos o têm chamado—*direito real*—» (108).

(101) *Cours. de Cod. Civ. Franc.* Tom. 3º pag. 185 not. 2ª, pag. 188 not. 5ª, pag. 198 not. 5.ª

(102) *Dir. Civ. Franc.* Tom. 3º n. 388 pag. 250.

(103) *Cours. de Droit Franc.* Tom. 4º n. 73 pag. 61, Tom. 17 n. 138 pag. 120 e seg.

(104) *Trait. des droits d'usufruit.*—Tom. 1º n. 102 pag. 105.

(105) *Droit Civ.—Franc. Louage* n. 279 e seg. No mesmo sentido — Demolombe Tom. 9º ns. 492 e seg., Marcadé ao Art. 1743, e outros Commentadôres.

(106) *Droit Civ. expliqué—Louage*—ns. 5 e seg., e ns. 489 e seg.

(107) *Louage* n. 491.

(108) Esta opinião tão ardentemente sustentada vai ganhando terreno, como diz Martou—*Privil. et Hypoth.*—Tom. 1º pag. 51. A entrevista realidade, confessão MM. Dalloz Repert. Tom. 30 vb. *louage* n. 486, constitue em verdade uma realidade particular, mais ou menos anormal, mas que não póde sêr desconhecida. Ultimamente a Lei hypothecaria da

Ainda ha outro exemplo. Em Genebra, no Projecto de Lei relativo á acquisição, conservação, e publicidade, dos direitos reaes sobre immoveis, organisado em 1827 por Girod, Rossi, e Bellot (109), forão submettidos os arrendamentos á inscripção como direitos restrictivos do de propriedade. « Quiçá pela vez primeira (disse a Commissão em sua Exposição do motivos) (110), os arrendamentos são collocados entre os *direitos reaes.* »

O nosso proprio Direito Patrio offerece-nos á tal respeito uma prova, á que deve-se attendêr. A theoria das Ordenações

---

Belgica de 1851 manda registrar os arrendamentos excedentes á nove annos, ou contendo ao menos quitação de tres annos da renda. A Lei hypothecaria Franceza de 1855 tambem manda transcrevêr no registro os arrendamentos de mais de dezoito annos. Todavia, no Esboço do Cod. Civ., tenho conservado ao direito do locatario seu caracter de *direito pessoal.* Adopto a bôa legislação do Art. 1743 do Cod. Nap., abandonando assim o disposto na L. *emptorem* e na Ord. L. 4ª T. 9º, e impedindo que o arrendatario (locatario de immoveis por tempo determinado) seja despejado pelo adquirente, quando elle tiver transcripto no Registro Publico sua escriptura de arrendamento. D'ahi porém não se segue, que o arrendatario tenha um direito real, Elle prefere ao adquirente, porque este sabia, ou devia sabêr, pela publicidade do registro, que o immovel estava arrendado. Desta maneira fica constituido *em má fé,* e portanto não póde sêr attendido em Juizo

(109) Este Projecto, que não chegou á têr execução, acha-se transcripto em---Odier---*Systèmes Hypothecaires.*

(110) Vid. Themis Tom. 9º, onde vem essa Exposição de motivos.

Filippinas sobre arrendamento é a mesma da L. *emptorem*, a locação não engendra senão uma relação particular entre o locadôr e o locatario; entretanto cessava esta regra, se o arrendamento era de dez annos, ou mais, nos termos da Ord. L. 4ª, T. 9º (111), reputando-se o arrendamento em tal caso um contracto emphyteutico (112).

Sobrevierão o Alvará de 3 de Novembro de 1857, e a Le de 4 de Julho de 1776, que reduzirão a locação á sua natureza pessoal, ainda que fôsse de cem annos, e até colonia perpetua (113). E que differença existe entre uma colonia perpetua, e um aforamento perpetuo? Não está o uso, e gôzo, para sempre transferido no colono ? (114).

Pelo lado da posse sómente, ou detenção, da cousa, nós a vêmos no *penhôr* produzir um direito real (115), o que já não acontece no *deposito*. Nem o credôr pignoraticio, nem o depositario, podem usar, e gozar, da cousa (116). O Direito Romano admittio o furto do uso da cousa em relação ao deposita-

---

(111) Esta excepção foi adoptada por quasi todos os DD. desde Bartolo. O mesmo acontecia no antigo Direito Francêz, como attesta Troplong --- *Louage* ---n. 478.

(112) A creação de um direito real neste arrendamento de longo tempo teve fundamento na L. 1ª § 3º, Dig. *de superf.*

(113) Arts. 651, e 915, Consolid. e Not.

(114) Art. 607 e Not., e Art. 608, Consolid.

(115) Dig. L. 16 *de pignor. et hypoth.* § 3º, Cod. *ibidem* L. 14, Cod. do Com. Art. 877 § 3.º Vid Not. ao Art. 767 Consolid.

(116) Quanto ao credôr pignoraticio—L. 54 Dig. *de furt.* Quanto ao depositario — Art. 431 Consolid. O Cod. do Com. Art. 276 equipara o credôr pignoraticio ao depositario.

rio, e credôr pignoraticio (117); e essa disposição passou para o nosso Direito (118).

No caso da *antichrese* ha uma retenção da cousa, igual á do penhor (119); mas, se o credôr antichretico tinha um direito real pela Legislação Romana (120), e o-tem por muitas legislações modernas (121), o Codigo Civil da França parece negar-lh'o, conferindo-lhe tão sómente direitos de retenção, e gozo (Arts. 2085 e 2087), e não querendo que essas faculdades prejudiquem aos direitos, que terceiros possão têr adquirido sobre o immovel (Art. 2091), ou esses direitos sejão anteriores, ou posteriores, ao estabelecimento da antichrese.

A *hypotheca* não confere ao credôr, nem uso, e gozo, nem ao menos posse; e entretanto produz um direito real, que está

(117) Inst. *de oblig. quæ ex delict. nasc.* § 6°. No mesmo caso está o commodatario, que emprega a cousa em uso differente daquelle, para que lhe fôra emprestada—Vid. Art. 502 § 3° Consolid.

(118) Cod. Crim. Art. 258, e Art. 435 Consolid.

(119) Consolid. Art. 788 e Not. ao Art. 767.

(120 A *antichrese* era um penhôr com pacto, e quanto ao *jus in re* o penhôr e a hypotheca não differião—*Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*—L. 5ª § 1° Dig. *de pign. et hypothec.* L. 30 *de noval. action.*

(121) Nas lesgislações de todos os paizes, onde a *antichrese* é sujeita á transcripção juntamente com os outros direitos reaes.—Vid. Saint Joseph *Concord. entre les Lois Hypoth.*

(122) Troplong *Comment. du nantis., du gage, et de l'antichrese* ns. 573 e seg., Martou *Privil. et Hypoth.* n. 34. A questão de saber, se a antichrese é ou não direito real, e se póde portanto prejudicar á credôres hypothecarios e terceiros adquirentes, divide profundamente os Jurisconsultos e Tribunaes da França.

para a cousa, do mesmo modo que o direito pessoal está para a obrigação— *obligatio rei*—(123). Ella não desmembra a propriedade como o usufructo, não a transfere para o credôr, e a deixa subsistir intacta; sómente adstringe a cousa á fornecêr ao credôr seu pagamento pelo meio da venda (124). O direito creditorio póde existir sem hypotheca, porque, independentemente della, os bens do devedôr ficão na verdade geralmente affectados ao pagamento de suas dividas (125). Por sua propria natureza a hypotheca é um direito real simples-

Tão controvertida tem sido a intelligencia do Cod. Civ. nesta parte, que na Belgica, depois do novo regimen hypothecario estatuido pela Lei de 16 de Dezembro de 1851, entende-se (Martou *loc. cit.*), que a antichrese não deve sêr transcripta; ao passo que na França o Art. 2° §1° da novissima Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855 ordena a transcripção dos actos constitutivos de antichrese, igualmente com os de servidão, uso, e habitação.

(123) Sobre a analogia entre a hypotheca, e a obrigação, Vid. Molitor— *Obligat. en Droit Rom.* n. 2.

(124) Não se póde todavia negar (Ortolan—*Generalis., du Droit Rom.* — pag. 90) que o direito de propriedade fica alterado em alguns de seus elementos. Vid. Demolombe Tom. 9° n. 471 pag. 367. Sobre os effeitos da hypotheca — Art. 1269 Consolid.

(125) Vid. Not. ao Art. 767 Consolid.—Maxima de Direito Francêz—*qui s'oblige oblige le sien*—Art. 2093 Cod. Civ. Franc. E'porisso, que Delvincourt Tom. 3° pag. 156 define a hypotheca —*affectação formal*—de um ou mais immoveis ao pagamento de uma obrigação.

mente accessorio, que não tem, como os principaes, a estabilidade, que caracterisa o direito real de dominio (126).

« Por toda a parte, onde a propriedade existe, diz Du-Roi (127), vê-se de um lado certos poderes attribuidos á uma pessoa sobre a cousa de outro por um *contracto nominado*, e enunciando-se pelo mesmo nome da convenção, que os tem feito nascêr, como na *locação, commodato, deposito*; ao passo que de outro lado a lei, ou um testamento, ou mesmo uma convenção, mas uma convenção *innominada*, estabelecem sobre as cousas outros poderes, que recebem uma denominação propria, e no todo independente do acontecimento, que os-faz adquirir, por exemplo, o *usufructo*, o *uso*, a *servidão* (128). »

---

(126) Tanto participa da natureza dos creditos, que são, com elles, sujeitos á todas as causas de extincção especiaes aos creditos. Ainda que a hypotheca seja sobre immoveis, muitos Escriptôres Francezes a collocão na classe dos bens moveis.

(127) Excellente trabalho traduzido do allemão, impresso na Themis Tom. 8° part. 2ª pag. 22, e recommendado por Mackeldey Dir. Rom. not. 1 ao § 238.

(128) « Até que ponto (Ortolan *loc. cit.*) as faculdades de disposição, que confere sobre a cousa a *locação* ou o *commodato*, entrão na classe dos direitos reaes? Os J. C. Romanos não resolvêrão esta questão. Preoccupados com a theoria dos contractos, e das acções, que delles resultão, não tem encarado a *locação*, e o *commodato*, senão em sua qualidade de contractos, sob a relação dos direitos pessoaes, que elles produzem.» Esta sobservação confirma nossas considerações, posto que Ortolan não caraterisou bem o—*direito real*—, como depois veremos.

Para que esses poderes tivessem uma completa segurança, foi mister dar-lhes uma natureza absoluta, e geralmente obrigatoria, como tem o direito real de dominio: porém bem se vê, que não é isto necessariamente da sua essencia (129). Não se póde dizer, que existe uma causa determinante, um facto exclusivamente productôr desses direitos reaes; não se póde dizer, que a theoria da Sciencia a-indique *a priori* nas diversas especies de—*jura in re*—, fóra das quaes não possão havêr outras especies (130).

Quando as legislações não prohibem expressamente a creação de outros direitos reaes, além dos que ellas designão, e regulão; a doutrina, e a jurisprudencia, inclinão-se, por deferencia ao principio da liberdade das convenções, á admitir combinações de todo o genero, uma vez que nada tenhão de contrario á ordem publica (131).

« A perguntar-se, diz Toullier (132), quaes são os direitos, que se podem separar da propriedade perfeita, e de quantos modos se a-póde desmembrar, deve-se estabelecêr como principio, que cada um póde dispôr de sua propriedade da maneira mais absoluta, que póde desligar os direitos que lhe-parecer, estender ou limitar esses direitos; comtanto que nada haja

---

(129) Marezoll (traducção de Pellat)—*Droit Privé des Rom.* § 86 pag. 231. O autôr não enuncia bem seu pensamento.

(130) O numero dos direitos reaes é obra do Direito Positivo, sobre a qual o tempo, os costumes, o genio particular dos differentes povos, o estado mais ou menos avançado da civilisação, e sobretudo a forma de organisação politica, e social, exercem a mais profunda influencia—Demolombe Tom. 9° n. 475 pag. 377.

(131) Martou—*Privil. et Hypoth. n.* 35.

(132) *Droit. Civ. Franc.* Tom. 3° n. 96.

de contrario ás leis, e á ordem publica; assim, nesta materia, segue-se o principio geral—tudo o que não é prohibido, é permittido—(133). »

« Se, levando a questão mais longe, pergunta-se, quaes são os modos mais usados de desmembrar a propriedade, quaes os direitos que separão-se mais ordinariamente, e sobre os quaes as leis tem disposições para servir de regra em falta de titulo, que a estabeleça; deve-se respondêr, que esses direitos não são os mesmos em todos os povos; e que no mesmo povo varião segundo os tempos, costumes, e legislação (134). »

O Direito Romano, no seu ultimo estado de desenvolvimento, admittio quatro especies de direitos reaes na cousa alheia—

(133) Nenhum cidadão póde sêr obrigado á deixar de fazêr alguma cousa senão em virtude da lei—Const. Art. 179 § 1°. Em contrario diz Demolombe Tom. 9° n. 515 pag. 452: « Os particulares não podem por suas convenções, disposições, mudar as leis, que concernem á ordem publica; e no numero dessas leis estão as que interessão á terceiros, ao publico, á segurança das convenções, ao modo da transmissão dos bens. Ora, a lei, que determina e organiza os direitos reaes, de que os bens são susceptiveis, interessa sem duvida no mais alto gráo á terceiros, ao publico e á segurança das convenções. Logo, ella é uma lei de ordem publica, logo os particulares não podem muda-la, logo uma tal lei, na enumeração dos direitos reaes, que ella conhece, deve sêr necessariamente considerada como limitativa. »

(134) « Muitos direitos reaes (continúa o mesmo autôr, fallando da legislação francêza), que erão de uso universal em nossa antiga legislação, estão proscriptos pela nova. » Taes são todos os direitos reaes do systema feudal, que por mil fórmas decompunhão e travavão a propriedade territorial, e que cahirão com a Revolução de 1789.

jura in re aliena—(135); mas a servidão, motivada pelas necessidades da agricultura, era dellas a mais antiga, e originariamente o unico—*jus in re aliena*—, denominado por excellencia —*jus in re*—, em contraposição ao dominio. Foi elle o unico, á que os Romanos applicárão por analogia as regras da propriedade, á ponto, não obstante reputarem as servidões cousas incorporeas, de transportarem para ellas a idéa de posse sob o nome de—*quasi possessio*—; com as consequencias juridicas da posse, os interdictos, e a usucapião (136).

Do que precede resulta, que definir o—*direito real*—em relação ao dominio fôra dar uma idéa falsa; pois a definição não comprehenderia o definido. Defini-lo pelas faculdades de uso, e gozo, como desmembradas do dominio, ou como copropriedade dividida quanto ao tempo, e modo, do uso, e gozo, não fôra melhor expediente; porquanto a hypotheca é um direito real, e não contém nenhuma dessas faculdades, nem opéra desmembração ou divisão alguma (137).

Desta maneira, já que os outros caracteres não são exclusivos, não póde haver definição que satisfaça, senão aquella, que caracterisa o *direito real* pela acção *in rem*, que sempre pro-

(135) Marezoll Obr. cit. § 104. Esses quatro direitos reaes na cousa alheia erão os seguintes—*servitus*, *emphyteusis*, *superficies*, *pignus*.

(136) Marezol Obr. cit. § 105.

(137) A natureza do direito hypothecario tem sido objecto de vivas controversias, tem dado logar á esta questão. Ha muitas especies de direitos reaes, ou pelo contrario só existe um—o direito de dominio—, de que todos os outros são partes desligadas?

duz; acção, que nunca póde competir ao *direito pessoal* (138), e que destaca portanto de um modo sensivel a differença entre as duas especies de direitos, de que na divisão compõe-se toda a legislação civil.—*Jus in re est jus homini in rem competens, sine respectu ad certam personam, ex quo agi potest contra quemcumque possessorem.* —*Jus in personam (ad rem) est facultas competens in personam, ut aliquid dare, vel facere, teneatur* (139).

Esta definição do *direito real* tem sido censurada. Allega-se, que os direitos tem por si mesmos uma existencia propria, que os caracterisa; que a distinção do *direito real* e do *direito pessoal* é independente da sua violação, e da natureza da sancção respectiva; que nada importa, que os-façamos valêr em juizo, ou em outra qualquer circumstancia, por meio de acção, ou de excepção,—*nihil refert, an actione, an exceptione, persequamur.*

(138) Não fallamos segundo as tradições do Direito Romano, como vêr-se-ha depois.

(139) Heinecc. *Elem. Jur. Civ. secund. ord. Instit.* § 284.— « E' esta faculdade de seguir a causa nas mãos de qualquer possuidôr (diz Toullier *Droit Civ. Franc.* Tom. 3° n. 84), que fórma o caracter especifico do que chama-se *direito real, jus in re*; com differença do *direito pessoal*, ou do direito á cousa, *jus ad rem*, que resulta de um vinculo puramente pessoal entre duas ou mais pessôas determinadas. » Rejeitamos a locução —*jus ad rem*,—porque tem o inconveniente de não empregar a palavra—*res*—em seu sentido natural.

3.ª ED.

E tambem rejeitamos essa locução —*jus ad rem* ou *in rem*—, porque tende á confundir, como parece têr confundido, os *direitos pessoaes* com os *direitos relativos*; nos quaes, abstrahindo-se de *pessôas* individualmente obrigadas, restão as *cousas*, e lá se-esquece a objectividade dos *factos*.

No texto introduzi—*na divisão*—, porque, além das *especies*, a Legislação Civil tambem compõe-se das *classes da partição*, dividindo os—direitos em geral—por *absolutos e relativos.*

Mas quem assignala o *direito real* pela sua acção correspondente, que em ultima analyse é só o que o-caracterisa em toda a escala de suas manifestações, nega por ventura sua existencia antes da violação possivel? Pelo contrario, toda a acção suppõe um direito violado; a violação não se-concebe, sem que o direito exista.

Não se confunda a acção—*jus persequendi*—com a sancção do direito, nem com o meio ou fórma do processo. Entre o direito abstracto creado, ou declarado, pela lei, e a sancção do direito, ha largo espaço. Realizado o direito, quando impedido pela resistencia, a acção, como *medium persequendi*, é o vinculo legitimo entre o direito e a sancção do direito. Para havêr porém o meio, o direito deve existir antes. O direito, a accão, a fórma da acção, são tres factos, que a analyse distingue.

O direito não póde existir sem a acção, do mesmo modo que a acção não existe sem o direito. A fórma da acção porém póde existir sem a acção, e sem o direito. Têr um direito, têr uma acção, não é o mesmo que formar uma acção, como diz Boncenne (140), porque a acção muitas vezes se propõe sem direito. A acção é a faculdade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria, ou fôra illusorio (141).

(140) *Theor. de la Proced. Civ.* Cap. 5° pag. 55.

(141) Fallamos sempre das acções como—*jus persequendi*—, e neste sentido já dissemos que fazem parte do Direito Civil Theorico.

E' um erro pensar, diz outro Escriptor (142), que se-exerce o *direito real*, quando se-intenta acção contra aquelle que o-viola. O direito real se-exerce, quando se-usa da cousa, quando se-percebem os fructos della, quando della se-dispõe de um ou de outro modo. O caracter distinctivo do *direito real* é não havêr em seu exercicio, do agente para a cousa, algum intermediario individualmente passivo. Quando intenta-se uma acção real contra todo o possuidor, não se-exerce o direito, procura-se fazer reconhece-lo.

Não será isto encarar o *direito real* sómente em relação ao dominio? Não será confundir um direito *necessario* com direitos *contingentes*? Não será desconhecer, que o meio ou a fórma de acção não é o mesmo, que o direito de acção? Ha direitos naturaes, que a razão concebe antes da lei, e neste caso está o dominio, ou a propriedade, com as justas faculdades, que lhe- são inherentes. Ha direitos possiveis, creados pela lei (143); e taes são os direitos reaes na cousa alheia—*jura in re aliena*—. Para que existão estes ultimos direitos, não basta, que se-use da cousa alheia, que se percebão os fructos della. Já observamos, que essas faculdades se-exercem nas cousas de outrem sem haver direito real. (144).

Tambem já observámos, que no dominio é o proprietario sómente, que se acha em relação com a cousa; e portanto a acção real não póde deixar de existir, e de pertencêr-lhe. Nas faculdades de uso, e gôzo, das cousas de outrem a acção real póde deixar de existir para o agente, visto que já existe para o proprietario. O agente póde usar, e gozar, da cousa, mas

(142) Ortolan *Generalisat. du Droit Rom.* Not. pag. 76.

(143) *Si dominium per leges, testamenta, aut pacta, retrictum est, limitatum vocatur* — Heinecc. Obr. cit. § 287 not.

(144) Como no *commodato*, e na *locação*.

sómente com uma acção pessoal contra o proprietario, ficando neste a acção real—*adversus omnes*—.

Não se diz, que o *direito real* é a *acção real*; ou que elle só existe, quando a acção se-propõe; mas diz-se, que é direito armado com a acção real (145). Ora, esse direito assim prevido, assim qualificado na legislação, existe independente de sua violação, independente da acção, que esta possa motivar; elle faz-se valêr em toda a circumstancia, e por uma *excepção*, mas com seu predicado determinante.

Estão assim caracterisados os *direitos reaes*, recahindo sempre immediatamente—*recta via*—sobre as cousas (objectos materiaes), integralmente, ou parcialmente, por variados motivos; mas tendo invariavelmente a *acção real*, que é o attributo inherente á todos os existentes, e possiveis. *Cousa* é tudo, que se distingue da *pessôa* (146); e separados os direitos sobre cousas, não podem existir outros direitos, senão os relativos á pessoas, que são os *direitos pessoaes*.

Engendrem-se todas as combinações possiveis, investiguem-se as variadas relações da vida civil, e não achar-se-hão outros direitos, que não sejão os *reaes* e os *pessoaes*. « A

(145) O direito existe com a sua acção, isto é, com a faculdade de propô-la. O de propriedade (como diz Ahrens *Droit Nat.* 1ª Ed. pag. 369) não comprehende sómente o direito de *posse*, *disposição*, e *uso*, da cousa; mas tambem as *acções* necessarias á pessoa competente, ou seja para obtenção, ou para reivindicação, ou recuperação, ou seja para uso. —« A noção do direito real (palavras de Mackeldey Part. Spec. L. 1º not. 2 ao § 239) comprehende a de podêr demanda-lo por uma acção *in rem*. »

(146) Cod. Civ. Austr. Art. 285. Chama-se *cousa* o que é objecto de um direito, sem ser susceptivel de exercêl-o—Cod. do Cantão de Berne Art. 332.

noção nada tem do arbitrario, dimana necessariamente da natureza das cousas, é immutavel, e se-reproduz inevitavelmente em toda a legislação. Todos os direitos sem excepção, qualquer que seja o modo de sua acquisição, exercicio, e acção judiciaria, qualquer que seja seu objecto, vem á entrar em uma, ou na outra cathegoria (147). »

A confusão dos *direitos absolutos* em sua generalidade com os *direitos reaes*, os differentes aspectos em que os direitos são considerados, a flexivel significação das palavras—*propriedade*—e—*cousa*,—explicão nesta materia a divergencia de opiniões, e apparente variedade de doutrina (148). Diremos com o já citado Ortolan, que a divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes* é exacta, comtanto que seja bem definida (149).

Para indentificar os *direitos absolutos* com os *direitos reaes*, como tem feito alguns Escriptôres allemães (150), é preciso

---

(147) Ortolan *Generalisat. du Droit Rom.* § 67 pag. 74.

3.ª ED.

Eis o Escriptôr escolhido pelo Livro dos Dir. de Fam. para condemnar a divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes*, e nas proprias palavras por mim ácima trasladadas! A mim favorecem ellas, tanto quanto valem autoridades, parecendo-me impossivel entendêr-se o contrario.

(148) As idéas do Direito Romano sobre as acções, como veremos depois, tem muito estorvado a applicação da verdadeira theoria.

(149) Obr. cit. § 66 pag. 72.

(150) Thibaut, autôr justamente celebre, esforçou-se em provar, que a liberdade, o patrio podêr, e outros direitos da personalidade, são igualmente *jura in re;* e que por consequencia o *jus in re* não é sempre direito sobre uma cousa.

ser infiel ao natural sentido das palavras; e além disto ficaráõ obscurecidas as noções de uma theoria racional, impossibilitando-se a demarcação exacta dos verdadeiros limites do Direito Civil. São considerados, por exemplo, *direitos reaes* os direitos concernentes ao estado civil, á familia, e á individualidade physica, e moral, do homem, á pretexto de que esses direitos nospertencem directamente, immediatamente, e não dependem da obrigação ou intervenção de sujeito individualmente passivo (151).

---

(151) Vid. Ortolan Obr. cit. § 81 pag. 90 e 91. « São direitos reaes(palavras textuaes) a qualidade de pai, de filho, de homem livre, liberto, patrono, cidadão; e bem assim a liberdade, a segurança individual de nossa pessôa physica, a honra, a reputação, e todo o complexo das faculdades intellectuaes da nossa pessoa moral. » Bem sabemos, que até certo ponto têm estas asserções seu fundamento nas *acções* do Direito Romano, que erão o assumpto do autôr; mas, quando elle entrou na materia dos direitos reaes, disse, que fazia abstracção das tradições romanas, para recorrer ao puro raciocinio philosophico (pag. 512). Sempre que se-distinguirem os direitos reaes só pelo seu predicado de existirem---*generaliter—erga omnes*--, independentemente de qualquer obrigação privativa, commeter-se-ha erro de confundi-los com os direitos absolutos. Foi o que aconteceu tambem á Demolombe (Tom 9° n. 470), supposto reconheça (pag. 356) que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da cousa, á que se applica; pois que a cousa é seu objecto directo e immediato, e não póde havêr direito sem objecto. Em resultado, elle só trata dos direitos reaes em relação ás cousas, que entrão em nosso patrimonio, e na accepção mais litteralmente conforme á etymologia da palavra—*res*—(pag. 368).

Certamente o caracter commum dos direitos reaes, e dos direitos absolutos, é sua existencia independente de qualquer vinculo pessoal; porém, se os direitos reaes neste aspecto, são absolutos (152), não se-segue que os direitos absolutos sejão os reaes (153).

---

(152) Os direitos reaes imitão os absolutos, porque para nós não ha direito dessa especie sem acção *in rem*, que é contra qualquer possuidôr. Não ha termo, que signifique esses podêres, que podemos têr sobre as cousas de outros, mas sem acção real. Provavelmente por esse motivo Marezoll (§ 86 pag. 231) chamou esses podêres —*jura in re*—, e disse que não era da sua essencia serem absolutos. Como se-concebe o direito real sem acção real? Determinem-se as duas significações, 1° *direito real* — attribuição de podêr sobre cousas de outros, 2° essa mesma attribuição com acção real *ad instar* do dominio. A palavra —*real* —, só alludindo á cousa —*res* —, tem exemplo na distincção dos contractos em *consensuaes*, e *reaes*, Not. 4 ao Art. 511 Consolid. Tem exemplo na servidão, que, sendo sempre um direito real, todavia se diz *real*, para distingui-la da *pessoal*.

(153) Dos chamados direitos absolutos só o de propriedade entra na legislação civil. A noção dos direitos reaes não é tão larga: está para a idéa de propriedade, como a cópia para seu modelo.

3.ª ED.

Para não discrepar este periodo do têxto, e a sua Nota, do que já se disse, e dir-se-ha, sobre os *direitos absolutos* com a precisão autorisada pela minha Proposta de um Codigo Geral; eliminei do têxto estas palavras: —A especie está comprehendida no genero, mas o genero não é a especie—; e da Nota eliminei estas outras palavras: —A noção dos direitos reaes está para a idéa geral da propriedade, como a parte está para o todo—.

Já se-disse, com as rectificações desta 3.ª Edição, que a divisão dos direitos na *comprehensão*, e na *extensão*, é feita por seus *objectos*, (154); e só com esta primeira verdade, sem têr

---

Eliminei-as porque, nem nos *direitos absolutos* ha *genero*, nem nos *direitos reaes* ha *parte*. Apenas se-podia dizêr, que a divisão na *comprehensão* dá modelo para a divisão na *extensão*.

(154) Dois gráos do *querêr juridico*, um na *comprehensão* outro na *extensão*, dão os direitos considerados em seus *objecto*, e d'ahi sahem as differenças. Explicando a divisão dos direitos em moveis, e immoveis, Demolombe (Tom. 9° ns. 346, 407, e 465) diz, que nesta divisão considera-se o objecto dos direitos; e que, para apreciar se um direito é real ou pessoal, considera-se, não o objecto, mas unicamente a causa, a origem, o principio geradôr do direito, Engano patente! Não disse o mesmo autôr, que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da cousa, e seu objecto, e que não póde havêr direito sem objecto? A divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes* é feita em relação ao objecto dos direitos na maxima extensão. A divisão em *moveis*, e *immoveis*, tambem é feita em relação ao objecto dos direitos em menor extensão, referindo-se á objectos corporeos, cousas propriamente ditas. E demais, desprezando essa theoria do Direito Francêz sobre direitos moveis, e immoveis, a divisão em rigôr vem á sêr uma subdivisão dos *direito reaes*, que são os unicos que immediatamente recahem sobre objectos corporeos. Os *direitos pessoaes* não recahem sobre objectos corporeos; têm por objecto pessôas com abstracção dos factos destas, e só por intermedio das pessôas referem-se ás cousas. Em outro logar tornaremos á este assumpto.

3ª ED.

Foi rectificado todo o texto d'aqui em diante até o logar *infra* indicado.

C. L. C.

ainda distinguido taes *objectos*, sem havêl-os tomado para sua classe propria, os *direitos absolutos* confundir-se-hão com os *reaes*, os *relativos* com os *pessoaes*, e talvêz todos entre si. Examinem-se com attenção esses *objectos*, e logo surgem as differenças:

1.°—Os objectos são corporeos, ou incorporeos; isto é, cahem sob os sentidos, ou só podem ser percebidos pelo entendimento sem representação exteriôr corporea:

2.°—Os objectos corporeos representão-se exteriormente na natureza por *pessôas* e *cousas*, bem entendido, no sentido natural:

3.°—Os objectos incorporeos, sem representação exterior corporea, representão-se exteriormente *por idéas*:

Ora, a de *inacções* necessarias para o livre exercicio dos direitos de cada um:

Ora, a de *sucessões*, e *concursos creditorios*:

Ora, a de *outros factos*, com abstracção de pessoas e cousas, nas resoluções por condições ou prazos *inter vivos* ou *causa mortis*,—nas resoluções por condições ou prazos legaes de perempções,—nas resoluções por prazos legaes das prescripções, a extinctiva, e a adquisitiva;—nas rescisões por nullidades não imputaveis, de falta de discernimento, ignorancia, ou erro invenciveis, coacção;—nas rescisões por privilegios, ou beneficios, o de restituição de menores, ou qualquer outro restitutorio:

Quando os objectos dos direitos são corporeos pelo *realismo das pessôas* e *cousas*, não só apparecem seus titulares, como seus objectos submettidos mais ou menos intensamente:

Quando os objectos dos direitos são incorporeos, pelo *nominalismo das inacções*, póde-se dizer, que os direitos carecem de objecto; pois só apparecem os titulares livremente exercendo-os, sem observar-se mais nada. Eis porque os Es-

criptores, n'esta classe, ou não fallão de objecto de direitos (155), ou dizem que se-confundem com a existencia da pessôa (156), ou que são direitos sobre a propria pessôa (157):

Quando os objectos dos direitos são incorporeos pelo *nominalismo das successões*, e *concursos creditorios*, mostrão-se as *cousas*, e mostrão-se os respectivos possuidôres; embora por taes não sejão considerados em relação á continencia, nem as *cousas* se-considerem immediatamente por modelo de *noções universaes* e *singulares*:

Quando os objectos dos direitos são incorporeos, pelo *conceitualismo* em todos os outros casos, temos pessôas accionaveis, possuidôres, ou não; mas d'ellas abstrahindo, considerando somente os factos, já necessarios, já fortuitos, já voluntarios, já involuntarios por qualquer causa, por modelo de *noções geraes*.

O que resulta desta analyse é, que, fazendo-se a divisão dos direitos no ponto de vista de seus *objectos incorporeos nas inacções*, chamados direitos absolutos, isto é, os que se-confundem com a existencia do sujeito activo, não podem entrar na divisão; mas somente os de todas as outras classes, tendo por objecto os *factos* sem as *pessôas* e *cousas*, e outras as *pessôas* e *cousas* sem os *factos*:

Na supposta primeira classe, não ha objecto, ha somente o sujeito activo:

Em outra classe, ha sempre objecto incorporeo, não se-cogita do sujeito activo, nem do sujeito passivo:

---

(155) Ahrens *Cours de Droit Nat*. 4ª Ed. pag. 190.

(156) Zachariæ *Cours de Droit Civ. Franc*. Trad. do Alem. 2ª Ed. Tom. 1º pag. 138.

(157) Marezzol Obr. cit. § 48 pag. 147.

Em ultima classe, ha sempre objecto corporeo, não se-cogita do mais:

Ora, os chamados direitos absolutos são os da personalidade, que dêsde o principio excluimos da Legislação Civil:

Os da outra classe são precisamente os *absolutos*, e os *relativos*:

Os da ultima classe são precisamente os *pessoaes*, e os *reaes*:

Os da primeira classe não são os *absolutos* da segunda, com quanto uns, e outros, sejão *adversus omnes*, porque os *absolutos* referem-se aos seus objectos nominaes.

Os *absolutos* da segunda classe não são os *reaes*, supposto igualmente uns, e outros, sejão *adversus omnès*, porque os *reaes* referem-se ao seu objecto corporeo, *res*:

Os *relativos* não são os *pessoaes*, supposto uns, e outros, não sejão *adversus omnes*, porque os *pessoaes* referem-se ao seu objecto corporeo—*persona*—:

Os da primeira classe, carecendo de objecto, são inapreciaveis, não tem preço venal, tem apenas utilidade; porque nelles funda-se o bem-ser moral, e material, do homem. Os da segunda, e terceira, classe, tem algum valor apreciavel, que mede nossa fortuna pecuniaria; e outros deixão de tê-lo, não entrão em nosso patrimonio, sendo todavia vantagens contribuintes ao mesmo bem-sêr do homem.

Bem se-vê, que as noções de *direitos reaes e pessoaes* são subordinadas ás dos direitos *absolutos* e *relativos*, são *noções generalisadas* por modelo das geraes, por isso mesmo que n'aquellas dividio-se a *extensão*, e nas outras a *comprehensão*. Para os direitos sêrem *pessoaes* tem relação, como os *relativos*; para sêrem *reaes*, não tem relação pessoal, como os *absolutos*.

Se os direitos reaes não são pessoaes, se as noções são oppostas, segue-se, que são direitos *ad instar* dos absolutos, porquanto a noção opposta á dos direitos relativos é a dos absolutos. Os direitos reaes não podião sêr taes, dando podêr exclusivo sobre cousas, senão fossem *adversus omnes*, se todos não se-abstivessem de impedil-os, se n'este intuito não fossem absolutos. Se porém n'este intuito os direitos reaes são absolutos, fóra d'este intuito os direitos absolutos não são reaes, independendo da immediata existencia de cousas (158).

Não são, portanto, direito reaes os concernentes á individualidade physica, e moral, do homem; e ao estado civil, e de familia. Esses direitos podem motivar relações positivas, desenvolver direitos pessoaes, que entrão na Legislação Civil. Isto verifica-se em dois casos:

1.° Em sua generalidade, como os direitos de personalidade não manifestão-se activamente senão quando tem sido violados, ou offendidos, por consequencia de delicto, ou quasi delicto, dão lugar á obrigações de satisfação, ou indemnisação, de damno. Neste sentido póde-se dizer, que resolvem-se em direitos sobre objectos exteriores, isto é,—a prestação necessaria para satisfação do damno:

2.° Como o Estado é uma reunião de familias, como os homens estão ao mesmo tempo na associação familial; esta associação tem suas relações privativas, que produzem uma certa classe de obrigações consistentes, já em prestações ou factos, que não fazem parte do nosso patrimonio, nem se-confundem

---

(158) Aqui finalisou a rectificação integral do têxto indicado *supra* Not. 154, porém sempre na ordem dos raciocinios substituidos.

com as outras obrigações (159); já em outras prestações. que tem valor apreciavel.

Tambem costuma-se identificar os *direitos reaes* com os *pessoaes*, dizendo-se que os *pessoaes* existem na sociedade á respeito de todos, do mesmo modo que os *reaes*; que não ha um direito mais absoluto que outro,—que a sociedade inteira, a massa de todas as pessôas, está sempre obrigada á não embaraçar o gôzo e exercicio dos direitos (160). Temos aqui um falso aspecto, que tambem confunde a materia.

(159) A fidelidade conjugal, o patrio podêr, a cohabitacão dos conjuges, não são factos, que se possão chamar da nossa propriedade.

(160) Ortolan Obr. cit. § 57 pag. 75, e not. ao § 68 pag. 76 « Quando eu sou credôr, diz elle, é isto verdade não só para meu devedôr, como para todos. » Entretanto a obrigação do devedôr é pagar a divida, e os outros não tem esta obrigação. A obrigação dos outros é não impedir o exercicio do direito pessoal do credôr, e essa obrigação não corresponde ao direito pessoal, mas ao direito absoluto. E demais, quem se apodera de um titulo creditorio de outro commette um crime, não sobre o direito pessoal do credôr, que não é tangivel; mas sobre o titulo, que é objecto corporeo—Merlin *Quest. de Droit.* vb.—*vol*—§ 4º, Chauveau *Theor.de Cod. Pen.* Tom 5º pag. 28. Haverá crime contra a propriedade (palavras do Art. 268 do nosso Cod. Pen.), ou seu objecto tenha valôr por si, ou de qualquer maneira o represente. De resto, como Ortolan reconhece, que, se a obrigação geral collectiva existe para todos os direitos, ha casos, em que existe só, e sem direito pessoal; não resulta inconveniente do seu modo de vêr, porque estão distinguidos os direitos *reaes* e os *pessoaes*. Vid. Demolombe Tom 9º pag. 355.

Quando os *direitos pessoaes* não são encarados em relação á pessôa individualmente obrigada, mas em relação aos outros —*adversus omnes*—, já não exprimem a mesma relação, a mesma obrigação. São absolutos, exprimem relação diversa, já como direitos de personalidade, já como direitos de propriedade. De personalidade, se os direitos pessoaes tem sómente uma utilidade, mas não um preço venal. De propriedade no outro caso, porque já dissemos, que a idéa de propriedade é larga, e abrange assim os direitos reaes, como os pessoaes, que fazem parte do nosso patrimonio. Os direitos pessoaes desta ultima especie, considerados como absolutos, são integrantes do direito de propriedade.

Por falta desta averiguação, sem a qual não é possivel fixar o verdadeiro valôr dos signaes da linguagem, e sondar as idéas que designão, e podem designar, segundo o aspecto psychologico, commette-se o erro de alargar a esphera do Direito Civil propriamente dito, deduzindo-se consequencias deploraveis (161).

Propõe-se, por exemplo, que hajão no Codigo Civil titulos especiaes para os direitos de *liberdade, segurança pessoal*, e *reputação*; arguindo-se que não basta para justificar a omissão

(161) Falla-se porisso em *morte civil.* Vid. Not. ao Art. 993 § 5º Consold., e Art. 157 § 3º do Cod. do Com. Que vem á sêr *direitos civis*? Que vem á sêr *direitos do cidadão?* —Que vem á sêr *direitos politicos?* Fixadas essas qualificações, a Const. do Imp. será bem entendida no Art. 7º, na inscripção do Tit. 8º, e nos Arts. 178 e 179. Não se confundirá a lei em geral com a lei civil, não haverá uma lei civil de pura nacionalidade (cousa que ninguem conhece entre nós), nem dir-se-ha que os estrangeiros não gozão de direitos civis. Vid. Pim. Buen. Dir. Pub. Brazil. ns. 533 e 640.

existirem no Codigo Penal as penas, que a violação desses direitos faz nascêr. Não fôra o mesmo, se-diz, dispensar a explicação da *propriedade*, porque no Codigo Penal ha penas estabelecidas para os delictos, que a—viólão? (162)

A censura é pouco reflectida, porquanto, além dos delictos, que viólão a propriedade, reprimidos na legislação penal, ha muitas outras violações da propriedade (a maior parte dellas), que não são punidas criminalmente, que tem sómente sua sancção na legislação civil, e que portanto sómente á legislação civil pertencem.

A violação de quasi todos os direitos pessoaes, que fazem parte do nosso patrimonio, só dão lugar á acções civis, e não á acções criminaes. Essa violação só póde partir da pessôa individualmente obrigada. Quanto á outra parte da propriedade, a violação produz quasi sempre acções civis. (163). Quando produz acções criminaes, a sancção não é completa com a applicação da pena, falta a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno, o que consegue-se por acções civis (164).

Estes effeitos dimanão da natureza das cousas, já que nos delictos contra a propriedade corporea necessariamente o ob-

(162) Blondeau—*Sur le nouveau Cod. Civ. du royaume des Pays Bas*—Art. impresso na Themis Tom. 6° pag. 222 e seg.

(163) Os immoveis devem sêr exceptuados, porque, já se disse, que não são susceptiveis de furto ou roubo. Só é possivel, quanto á elles, o crime de damno—Arts. 266 e 267 Cod. Pen. A bancarrota, estellionato, e outros crimes contra a propriedade (Arts. 263, 264, e 265, Cod. Pen.), tem por objecto a propriedade, não em partes, porém como patrimonio.

(164) Arts. 798, 799, e 802, Consolid.

jecto corporeo está entre o agente, e o paciente, do delicto; entretanto que a sancção penal é estranha ao destino desse objecto, affectando só a pessôa. Ao contrario, nos delictos contra a personalidade, não ha nada de permeio entre o agente, e o paciente, do delicto. Nestes delictos a acção imputavel, que os—constitue, só póde ser attribuida á uma intenção malevola; ao passo que os direitos de propriedade podem ser violados por ignorancia, por simples erro (165), e mesmo por impossibilidade da parte da pessoa obrigada. (166)

A sancção dos delictos contra a personalidade,—contra os direitos de *liberdade* e *segurança*, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver damno resultante, cuja reparação é necessaria, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se-faz preciso que entrem, segundo os principios.

Sem duvida, os direitos de personalidade, quaes são todos os que resultão do desenvolvimento de nossa liberdade, e que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restricções, como carece o direito de propriedade, restricções que os-harmonisão com as exigencias do bem social; mas, se as explicações da propriedade pertencem em regra á Legis-

(165) D'ahi a differença entre possuidôres de bôa, ou de má fé; e a protecção da Lei aos primeiros, e odio aos segundos. Vid. Arts. 585 § 6°, 573, 574, 577 § 2°, 580, 581, 929, 930, 1321, e outros, Consolid.

(166) Quando o devedôr (sem fraude) deixa de pagar por falta de bens, não tem logar a prisão—Lei de 20 de Junho de 1774, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Vid. Not. ao Art. 839 Consolid.

lacção Civil, as outras entrão na esphera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Policia (167).

Que razão para confudi-las? E como comfundi-las, se á respeito da propriedade o poder publico desce á arena da individualidade, como pessoa collectiva (168); quando aliás á respeito dos outros direitos procede sempre activamente, independente da intervenção do poder judicial (169)? Se deseja-se o reconhecimento legal dos direitos individuaes de personalidade, tão inviolaveis como o de propriedade, é o que se tem feito, e se-deve fazer, por meio de simplices enunciações nas Constituições Politicas (170).

Não haja distincção entre as relações juridicas, já do poder publico com os individuos, já dos individuos entre si; não haja distincção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade, não se restrinja tambem a significação da palavra *delicto*; e será impossivel marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal.

(167) Quando se publicar a —*Classificação das Leis*—, ver-se-ha o que temos comprehendido nas Leis Administrativas, e como as temos dividido.

(168) Na esphera do Direito Civil as personalidades estão no mesmo nivel, ou sejão singulares, ou collectivas.

(169) Menos quando esses outros direitos são criminosamente violados, porque então funcciona o Estado no Juizo Criminal, do mesmo modo que no Juizo Civil, por intermedio do ministerio publico, que representa uma pessôa moral. Eis o motivo de sêr o Direito Criminal um ramo do Direito Privado. Os Escriptôres Francêzes o considerão uma parte do Direito Publico, por não havêr, como entre nós, differença entre crimes publicos, e particulares.

(170) Como se vê nos differentes §§ do Art. 179 da nossa Const.

Se no sentido mais philosophico os direitos da personalidade fôrem considerados de propriedade (171), seguir-se-ha fazê-los entrar na orbita da Legislação Civil.

A palavra *delicto* é tomada em sentido tão largo, que Bentham, por exemplo, cujos escriptos abundão em idéas tão luminosas, entendeu, que toda a legislação civil rolava sobre *delictos*, *direitos*, *obrigações*, *serviços*, noções congenitas (172). Em seu ensaio para distincção do penal e do civil, a mesma idéa ampla do *delicto* induzio á reputar a lei penal uma consequencia, continuação, e terminação, da lei civil (173).

Não sendo a nossa distincção de *direitos reaes* e *direitos pessoaes* deduzida em consideração da personalidade activa dos direitos, nenhuma consistencia tem a censura de impropriedade de expressão que lê-se em alguns Escriptôres (174). A personalidade activa é inseparavel de todos os direitos, e

(171) A *propriedade* póde-se tomar em varias accepções: 1°, como qualidade ou attributo inherente á um objecto; 2°, como synonimo de *bem* necessario á vida pessoal, e social; 3°, como patrimonio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoaes, que tem valôr pecuniario; 4°, como synonimo de dominio, ou propriedade corporea. Só as duas ultimas accepções são juridicas. Os Publicistas chamão —*propriedade pessoal—moral*—o direito, que tem cada um de dispôr de sua pessôa e faculdades individuaes; e para designarem a verdadeira propriedade, servem-se da expressão — *propriedade real*—.

(172) *Vue Génér. d'un Corps complet de Légil.* [Cap. 2°. Veremos depois as differentes accepções da palavra —*delicto*.

(173) Obr. cit Cap. 3°.

(174) Vid. Ahrens *Droit Nat* Part. Ger. Cap. 3° § 1°.

portanto está entendido, que a denominação—*direitos pessoaes*—só póde referir-se á personalidade passiva. Neste aspecto objectivo o que não se póde negar é, que a personalidade passiva apparece immediatamente nos *direitos pessoaes*, ligada por um vinculo especial; e isto não acontece nos *direitos reaes*, cujos effeitos immediatos não se-exercem sobre pessôas, mas sobre cousas.

A applicação das palavras—*direitos pessoaes*—, referindo-se á personalidade activa do direito, em contraposição aos direitos que referem-se á um objecto qualquer para o qual nossa vontade se dirige (175), tem o inconveniente já notado da confusão dos direitos absolutos, e até dos direitos politicos, alheios da Legislação Civil, com os direitos pessoaes que respeitão á familia. Ainda mais, ella separa esses direitos pessoaes nas relações de familia dos outros direitos pessoaes, que são denominados *direitos das obrigações*; quando uns, e outros, considerados em seu genero, tem precisamente o mesmo caracter (176).

Tambem usa-se da qualificação—*direitos* e *obrigações pessoaes*—para distinguir aquelles direitos, e obrigações, que autorisão, ou ligão, certa pessôa sem respeito á posse de alguma cousa; e neste caso a qualificação oppõe-se á dos—*direitos e obrigações reaes*—, quando a faculdade de exercê-los, ou as obrigações, são annexas á certa cousa, e posse della, sem respeito á pessoa que possue (177). Esta distincção tem um aspecto particular, e de valor pratico, porque tende á fazer con-

(175) Maynz Dir. Rom. § 91.

(176) Considerados em outro aspecto, não desconhecemos a differença entre elles.

(177) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1° ns. 43, 45, e 46.

hecêr, que as obrigações reaes transferem-se, ainda que o possuidor ou o credor não consinta, transferidas que sejão as cousas á que são connexas; ao passo que o devedor da obrigação pessoal, ainda que transfira a cousa, não se-livra sem consentimento do credor.

Igualmente, sob aspectos particulares, os direitos são chamados pessoaes,—1°, por terem sido concedidos á pessoa designada para pessoalmente exercita-los (178); 2°, por serem inherentes á pessoa, que tenha uma certa qualidade (179); 3°, por não serem transmissiveis hereditariamente (180); 4°, por não poderem sêr exercidos por credores em nome do devedor (181). Ora, em todos estes aspectos, é claro, que as palavras—*direitos pessoaes*—são empregadas em accepção muito differente da que lhes-pertence na classificação, em que figurão objectivamente por opposição aos *direitos reaes* (182).

Applicadas finalmente as palavras—*direitos pessoaes*—para designar direitos, que resultão do que chama-se—*estatuto pessoal—leis pessoaes*—, oppostos aos do—*estatuto real—leis*

(178) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1° n. 51.

(179) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1° n. 52. Estes direitos pessoaes não podem sêr cedidos á outro.

(180) Cod. Civ. Franc. Arts. 617, e 1968.

(181) Cod. Civ. Franc. Arts. 1166, e 1446.

(182) A prova está, em que o *usufructo*, que é um direito *real* nesta classificação, vem á sêr um direito *pessoal*, quando se designa debaixo deste nome um direito vitalicio. O *usufructo* não póde deixar de sêr victalicio, para que o dominio não fique reduzido á nome vão. O aforamento perpetuo desmembra para sempre o dominio, mas este não fica aniquilado' porque o senhorio recebe a pensão dominical e recebe os laudemios nas transferencias.

reaes—(183), alludem á tradições feudaes, e atualmente á uma distincção do *Direito Internacional Privado,* que não póde servir para dividir direitos no *Direito Civil* (184). Essa

(183) É commum a divisão das leis em *reaes* e *pessoaes*, correspondendo ao *statuto real* e ao *statuto pessoal*; porém ainda não vimos, debaixo deste ponto de vista, dividir do mesmo modo os direitos civis em *direitos reaes* e *direitos pessoaes*. Vid. Pim. Buen. Dir. Pub. Bras. T. 8° Cap. 3° Secç. 4ª e Secç. 5ª.

(184) Bem o confirma o que se chamava *statuto mixto*, tormento dos velhos Juristas. Como além dos intitulados direitos *reaes* e *pessoaes*, em correlação ás duas ordens de *statutos*, existem muitos outros direitos civis, a Obra, que citamos na Not. antecedente estabelece uma terceira categoria de direitos, que denominou *direitos civis em relação aos actos ou factos convencionaes*. Serão *reaes* ou *pessoaes* esses direitos? « A Lei, diz Classat *Traité des Statuts* n. 14, rege o homem, o solo que elle habita, e todos os objectos sobre os quaes elle exerce sua actividade. O *statuto* póde rigorosamente não regêr senão o homem, ou o solo, tomados separadamente. » Este mesmo Escriptôr demonstra o paradoxo de Grocio, que fêz resultar do Direito Natural a divisão dos statutos em *pessoaes*, *reaes*, e *mixtos*; mostra (ns. 29 e seg.) que tal divisão não tem perdido (n. 49) sua verdadeira importancia. A mesma Obra (Dir. Pub. Bras. Tit. Prelim. Cap. 1° Secç. 3ª § 4°) considerou o *Direito Internacional Privado* como um ramo do *Direito Privado*, e não do *Direito das Gentes*; e desta falsa supposição resultarão muitas consequencias erroneas. « O principio de applicação das leis estrangeiras (Felix, *Droit Inter*. n. 12) no territorio de uma nação pertence, não ao *Direito Privado*, mas ao *Direito das Gentes*; bem que no fundo se trate de applicar disposições do *Direito Privado*, esta applicação não tem lugar senão em virtude de relações de nação á nação. »

distincção é feita em relação á estatutos (185), em relação á leis

3.ª ED.

Serve porém esta distincção do Direito Internacional Privado, como na Classificação das Lèis veremos, para extensivamente dividi-las em geral.

(185) Esta palavra não tem mais seu sentido primitivo de leis municipaes, regendo provincias ou cidades; significa tanto como lei, e applica-se á todas as especies de leis. Na Inglaterra foi sempre esta a sua significação, dividindo-se a legislação em *escripta*, ou *statutaria*, e em *não escripta*, ou *commum*. Hoje a palavra conserva ainda sua antiga significação nos paizes, em que, não obstante uma legislação geral, as subdivisões do Estado são regidas distinctamente por leis particulares, que fórmão um direito positivo immediato; não constituindo as leis geraes senão um codigo subsidiario applicavel nos casos de silencio, ou insufficiencia dos statutos. Entre nós, se as Assembléas Provinciaes fôrem exorbitando, póde sêr que lentamente se vá creando um *Direito Statutario*. Em materia de conflicto de leis o termo *statuto* é tomado como synonimo de *lei*. Ora, como o homem póde sêr considerado objecto da lei sob a triplice ralação de sua pessôa, de seus bens, e de seus actos, costuma-se dividir as leis, ou statutos, em tres classes, *leis pessoaes, leis reaes*, e *leis que exercem seus effeitos sobre os actos do individuo*. E uma applicação não rigorosa do enunciado das Inst.—*omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Felix (*Droit Intern.* ns. 17 e 18) segue esta divisão, não admittindo os *statutos mixtos*, e corrigindo esta expressão. « Não entendemos porém (diz elle) estabelecêr uma divisão perfeitamente logica das differentes especies de leis. Se as-distinguimos em tres classes, é segundo a exigencia da materia; isto é, em razão das diversas relações, sobre as quaes o homem está sujeito ás leis. »

privadas de um paiz, que podem, ou não, preponderar em outro; em relação ao direito como synonimo de lei, ou complexo de leis. A nossa divisão tem outro aspecto, considera o direito como *faculdade realisada*, e não como *lei*; divide os direitos, não as leis.

Para os que fazem aquella distincção a pessôa é objecto do direito *(lei)* activa e passivamente. Para nós a pessôa é abjecto do direito pessoal *(faculdade)* só passivamente. O objecto dos direitos pessoaes são as pessôas nos factos á prestar, o que comprehende o—*não facto*—, ou—*factos negativos*.—E por ultimo, o *estatuto pessoal*, tratando de relações puramente pessoaes, que a vontade do homem não póde mudar; e o *estatuto real* de bens, que as leis governão sem facto dos proprietarios; exprimem o que não se quer exprimir no Direito Civil (186).

Ficão assim fixadas as noções, que regem todo o Direito Civil: resta agora desenvolvêr a applicação, que fizemos, e que se póde fazer, dos principios.

APPLICAÇÃO DE PRINCIPIOS

Sob as idéas fundamentaes, que temos desenvolvido, a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS apresenta em sua primeira divisão duas grandes categorias, que fórmão sua Parte Especial. A' esta Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegomenos.

(186) Lassaulx *Introduct. á l'étude du Cod. Nap.* pag. 35, tendo adoptado a divisão das leis em *pessoaes* e *reaes*, já abstrahindo das cousas, já referindo-se ás cousas, explica satisfactoriamente a differença desta divisão combinada com as outras do *statuto pessoal* e *real*, e do *jus in re* e *jus in personam*.

A Parte Geral trata em dois Titulos das *pessôas* e das *cousas*, que são os elementos constitutivos de todas as relações juridicas, e portanto das relações juridicas na esphera do Direito Civil (187).

A Parte Especial compõe-se de dois Livros, em correspondencia com a fundamental divisão das duas categorias. O 1º Livro tem por objecto os *direitos pessoaes*, o 2º Livro os *direitos reaes*.

O valôr destas locuções juridicas, cujo sentido tanto varia segundo a necessidade ou arbitrio das applicações, acha-se já determinado; e conveniente será repetir, que a nossa distincção é o producto da analyse de todos os direitos possiveis na sua *extensão*.

Direitos reaes são todos os que immediatamente recahem sobre as cousas, ou em unidade verdadeira, formando o direito

(187) Os elementos das relações juridicas na esphera do Direito Privado em geral, e do Direito Publico, são tambem as *pessôas* e as *cousas*, de que se compõe toda a natureza creada. As *pessôas* tomadas como entes activos, e passivos, dos direitos (*natureza livre*); e as *cousas* como objectos corporeos, sobre que a nossa vontade póde recahir (*natureza não livre*). *E pois que* as *pessôas* são tambem entes passivos dos direitos, a palavra comprehende os factos, que as pessoas podem prestar positiva e negativamente, e por consequencia as *cousas*, que dos factos devem resultar. Em ultima analyse pois, com excepção de alguns direitos nas relações de familia, as *cousas*, ora immediata, ora mediatamente, são os objectos de todos os direitos regidos pela Legislação Civil.

de dominio, ou propriedade corporea; ou em unidade artificial, distribuidos por dois ou mais agentes (188).

Direitos pessoaes são os que affectão uma, ou mais pessoas obrigadas, e só por intermedio destas recahem sobre as cousas.

Direitos reaes, direitos pessoaes, são os dois elementos da propriedade, são os dous valôres componentes de toda a riqueza publica, de toda a riqueza particular.

O 1.º Livro sobre os *direitos pessoaes* acha-se dividido em duas Secções.

A 1.ª Secção trata dos *direitos pessoaes nas relações de familia*, cujas partes são o *casamento*, o *patrio poder*, e o *parentesco*; completando-se pela instituição suppletiva das *tutelas*, e *curatelas*.

A 2.ª Secção trata dos *direitos pessoaes nas relações civis*, descrevendo suas causas productôras, que são os *contractos* e os *delictos* (*actos licitos e illicitos*), e as causas de sua extincção.

O 2.º Livro sobre os *direitos reaes* contém quatro Titulos, que tratão do *dominio, servidão, herança, hypotheca*; e um Titulo final, que trata da *prescripção adquisitiva* (*usucapio*).

---

(188) Podem havêr combinações de todo o genero, como já se notou *supra*. Os bens emphyteuticos podem sêr hypothecados, e tambem póde sêr o usufructo. Este póde têr por objecto os mesmos bens emphyteuticos, que tambem podem sêr sub-emphyteuticados. O mesmo predio póde sêr gravado com diversas servidões. A Jurisprudencia Francêza nos offerece á tal respeito uma variedade admiravel, e mais ainda o systema feudal, como diz Belime *Philosoph. de Droit* Tom. 2º pag 292, com a sua travação sem exemplo de mil direitos, supportando outros direitos parasitas, que partindo do solo como outros tantos fios vão têr á mil mãos em confusão inextricavel.

Esta distribuição de materias não é a que nosso espirito indica como mais perfeita. Nós a melhorariamos, se na empreza de uma legislação nova tivessemos de escolhêr materias á vontade.

O *direito de herança* não é direito real, é um dos direitos absolutos. A *herança* é uma continuação do *dominio* e *direitos reaes* do mórto, que transmittem-se para seu herdeiro, ou herdeiros. A *herança* é um patrimonio, uma universalidade, é a propriedade em complexo ideal; contendo, não só os *direitos reaes*, como os *direitos pessoaes*, activa e passivamente; e desta maneira ella resolve-se em quantidade pura, que póde sêr negativa, ou igual á zero. A *herança*, portanto, tem natureza commum, que a-faz entrar nas duas especies de direitos (189).

---

(189) Por este motivo os Escriptôres Allemães fazem da herança um tratado particular. O direito de herança reputa-se não constituindo *jus in re* distincto do dominio —*singularum rerum adquisitio*—, se bem que se destingua como—*adquisitio per universitatem*—. Segundo o Direito Romano a herança é um dos *modos derivativos* de adquerir dominio, posto que dependente da *adição*. Como esse modo de adquirir entre nós (Consolid. Not. ao Art. 1231 § 1º) não depende do acto especial da *adição*, a herança é titulo do dominio do herdeiro, titulo que deriva da determinação da lei, ou das disposições de ultima vontade (Consolid. Art. 907); e ao mesmo tempo é modo de adquirir dominio (Consolid. Arts, 978, 979, 980, e 1025). Na ordem das acções a *reivindicatio* corresponde ao dominio, e a *hæreditatis petitio* á herança; e estas acções só divergem, ou porque o réo possue os bens da herança como herdeiro, ou porque os possue por titulo singular. Isto porém só se-entende com cousas propriamente ditas, e não com direitos pessoaes cujos objectos não são susceptiveis dos effeitos do direito real. Advir-

O *concurso de credôres*, para serem pagos por um só devedor insolvavel, tambem tem qualidade commum (190). Attendidos os credores reivindicantes (191), os credores separatistas (192), os credores da massa (193), é preciso regu-

---

ta-se, que não fallamos agora a linguagem do Direito Romano, que, exceptuando o dominio, considerava todos os outros direitos, quer pessoaes, quer mesmo reaes, como —*res incorporales*.—

3.ª ED.

Os direitos de herança são os *universaes*, isto é, *successorios* á titulo universal; oppondo-se aos *singulares*, isto é, *successorios* á titulo singular.

(190) E por isso alguns Escriptôres Allemães, como Thibaut e Mackeldey, tem tratado distinctamente do concurso de credôres em parte especial.

(191) São os credôres de dominio, de que tratão o Cod. do Com. Arts. 874 e 88, e o Regul. Com. n. 737 Arts. 619 § 1°, 620, e 625.

(192) São os credôres e os legatarios daquelles, de quem o devedôr commum foi herdeiro; os credôres de um peculio distincto—Art. 874 § 5° do Cod. do Com., Art. 620 §§ 3° e 4° do Regul. Com. n. 737. Sobre o credito por separação de peculio vejão-se os Arts. 1071 e 1072 Consolid.

(193) É preciso distinguir os credôres da massa, como tal, dos credôres que já o erão antes da abertura do concurso. O Cod. do Com. no Art. 876 confundio esses credôres da massa com os privilegiados.

lar a collisão (194) entre credores chirographarios (195), entre credores chirographarios e hypothecarios (196), e entre credores meramente hypothecarios (197); e a hypotheca é um direito real, de onde provém para o credor concurrente o direito de preferencia (198).

Esta materia porém, que devêra ser tratada no mesmo logar, acha-se fraccionada nos dois Livros. (199)

---

(194) O concurso de credôres em geral comprehende os credôres reivindicantes, os separatistas, e os credôres da massa. O concurso em sentido restricto suppõe excluidos esses credôres, e só diz respeito aos outros.

(195) Entre credôres chirographarios póde-se dar concurso: 1°, entre credôres chirographarios especiaes (Arts. 834 á 837 Consolid.), e chirographarios simplices (Art. 838 Consolid.); 2°, de credôres chirographarios simplices entre si (Art. 839 Consolid.)

(196) Art. 1269 § 2° Consolid.

(197) Quanto á hypotheca legal privilegiada—Art. 1271 Consolid. Quanto á hypotheca legal simples—Arts. 1273 á 1278 Consolid. Quanto á hypotheca convencional—Arts. 1284 á 1287 Consolid. Os bens moveis, e immoveis, no estado actual da legislação, são susceptiveis de hypotheca; e assim não podemos distinguir os credôres privilegiados sem hypotheca. Não é assim pela novissima Lei da reforma hypothecaria.

(198) Art. 1269 Consolid.

(199) Trata-se do concurso de credôres chirographarios no Liv. 1° T. 4° Cap. 1° por occasião do *pagamento*, um dos meios de extincção dos direitos pessoaes; e do Art. 833 em diante. De credôres hypothecarios no Liv. 2° T. 4°, por occasião da *hypotheca*, um dos direitos reaes.

3.ª ED.

Direitos dos credôres nos concursos chamo—*direitos creditorios*—oppondo-se á—*direitos successorios*—, e por uma *repartição* dos—*direitos absolutos*—.

O mesmo aconteceu com a *prescripção*, que em parte, como um dos meios de extinguir direitos pessoaes *(prescripção extinctiva)*, está no Tit. 4° Cap. 3° do Liv. 1° ; e em parte, como meio de extinguir direitos reaes, e como meio de adquirir dominio *(prescripção adquisitiva)*, está no Tit. 5° do Liv. 2° (200).

Este resultado, á que chegamos com a rigorosa demarcação das duas classes de direitos, convenceu-nos da necessidade de um 3° Livro, que, contendo as disposições communs aos *direitos reaes* e aos *direitos pessoaes*, se-dividisse em tres Titulos, o 1° para a *herança*, o 2° para o *concurso de credores*, o 3° para a *prescripção*. O Codigo Civil Austriaco tem uma 3ª parte com a inscripção, que nós talvêz adoptassemos em plano melhór de Legislação Civil ; mas a materia dessa 3ª parte, que se divide em quatro Capitulos, exceptuando a do 4°, que trata da prescripção de extincção e de acquisição, é visivelmente só relativa á direitos pessoaes (201).

---

(200) Pothier (*Trat. de la prescrpt.* Art. Prelim.) já havia dito, que a prescripção, como meio de adquirir, nada tinha de commum com a outra senão o nome; todavia ellas tem um caracter commum, porque ambas extinguem direitos.

3.ª ED.

Os *direitos por prescripção* são uma parte dos *direitos resolutorios*, oppondo-se aos *resolutorios por clausula*, e por uma repartição dos *direitos relativos*.

(201) O 1° Cap. inscreve-se—*da consolidação dos direitos e obrigações*—, e trata das obrigações solidarias, e da caução fideijussoria e pignoratica. O 2° Cap. inscreve-se—*da modificação dos direitos e obrigações*—, e trata da novação, transacção, compromisso arbitral, cessão, e delegação. O 3° Cap. inscreve-se—*da extincção dos direitos e obrigações*—, e trata do pagamento, compensação, remissão, confusão, e vencimento do prazo. Todas estas materias não são promiscuas, mas entrão na theoria dos direitos pessoaes.

A nossa Parte Geral compõe-se de dois Titulos, um para as *pessoas*, outro para as *cousas*. Ora, como a entidade activa, e passiva, dos direitos, e o seu objecto, não bástão para engendral-os ; como a causa efficiente é necessaria, isto é, a que faz nascêr, modificar, transmittir, e extinguir, os direitos, alguns Escriptôres addicionão este terceiro elemento sob a denominação de *factos, factos juridicos, actos juridicos*, de que tratão tambem na parte preliminar das materias do Direito Civil. Não nos conformamos com este methodo.

Direitos adquiridos são o objecto do Direito Civil. A parte especial de um Codigo Civil descreve os direitos por suas differenças, regula as relações juridicas como engendradas, o que suppõe os factos, que lhes tem dado origem , e regula tambem alguns d'esses factos. A parte geral, ou preliminar, não trata ainda de direitos ; não trata portanto das causas, que os produzem ; mas simplesmente prepara os elementos, *pessôas* e *cousas*, que tem de sêr objectos dos direitos.

3.ª ED.

O desejado 3° Livro, contendo tres Titulos para a herança concurso de credôres, e prescripção, passou á ser Livro 1.°, segundo o plano approvado pelo Conselho d'Estado; e com a inscripção—*effeitos civis* —, que são os *dereitos*.

Eis a partição, como irá no 4.° Indice á final :

Os direitos são *absolutos*, ou *relativos* :

Os absolutos são *creditorios*, ou *successorios* :

Os relativos são *resolutorios*, ou *rescisorios*.

Os *factos* são em grande parte acontecimentos fataes, independentes da vontade do homem. Desviados os factos necessarios, os voluntarios são licitos, ou illicitos; e como os licitos —*actos juridicos*—precisão de sêr regulados, a materia dos factos deixa de sêr geral, e pertence quasi toda ás materias especiaes dos *contractos* e *testamentos* (202). Ha muitos direitos, que nada tem com esses actos juridicos, ao passo que sem *pessoas* e *cousas*, ao menos sem *pessoas*, não ha direitos possiveis.

A natureza dos *factos* é por tal modo concreta, que de necessidade devem sêr reservados para cada uma das materias especiaes, á exemplo do que se tem seguido no plano do Direito Romano, e de todas as Legislações. O estudo destas manifestações concretas, como reconhece Savigny, entra na exposição das diversas instituições de direito (203); e por certo, sendo as mais importantes as declarações de vontade nos *contractos* e *testamentos*, cabem melhor, quando d'ellas se trata, as disposições sobre as fórmas d'esses actos, suas condições essenciaes, seus vicios, embora algumas d'essas disposições sejão susceptiveis de applicação commum (204).

---

(202) Já se disse *supra*, que as *acções* (*acções judiciaes*) são actos juridicos, porém estes actos não entrão na orbita do Direito Civil propriamente dito, são regulados por uma legislação á parte, que é a do processo.

(203) *Trait. de Droit Rom.* Tom. 3° Cap. 3° § 104.

(204) Mudarão minhas idéas, como se-póde vêr na Not. ao Art. 431 do *Esboço do Codigo Civil*, para a qual remetto os leitôres.

3.ª ED.

Segundo o plano approvado pelo Conselho d'Estado os *factos* são uma das tres subdivisões das causas *juridicas* do Livro 1.°

As *pessoas* são tomadas como entes capazes de de têr e devêr direitos, e são *singulares* ou *collectivas*. Das *pessoas singulares* trata-se até o Art. 39, e nos Arts. 40 e 41 das *pessôas collectivas*, que, sob o nome de *universidades (universistates)*, a nossa Ord. L. 3° T. 78 princ. e § 1°, e o Direito Romano, oppõe ás primeiras (205).

As *cousas*, na precisão do termo, devem sêr tomadas em sentido physico e natural, e como bens (206); mas o nosso

---

do *Codigo Geral*. Isto deve-se fazêr por outro modo, como mostrarei na Introducção do primeiro Volume da—*Classificação das Leis*—.

(205) As pessôas *moraes* (que tambem se-denominão *abstractas*, *ficticias*, *civis*, *juridicas*) exprimem sempre a idéa de um certo numero de homens, ou existindo uns com os outros *ao mesmo tempo*, ou existindo uns depois dos outros *em differentes tempos*, comtanto que sejão concebidos como formando unidade, uma pessôa. Costuma-se dizêr, que a lei erige em pessôas o Estado, as cidades, os estabelecimentos de todo o genero, e até os objectos materiaes, como o fisco, a herança jacente. Não se-entenda, porém, que em algum caso o direito possa pertencêr ás cousas. Todos os direitos pertencem ás pessôas—*hominum causa omne jus constitutum est*—. Quando as cousas, por simples uso de liguagem, se-designão como investidas de direitos, é sempre no sentido de que representão pessôa physica ou juridica.

(206) A palavra—*bens*—, designando sómente as cousas, que podem sêr objecto do direito de propriedade, não significa o mesmo que a palavra—*cousas*—, a qual comprehende tudo que existe na natureza não livre como o ar, o mar, o sol, que não são susceptiveis de apropriação exclusiva—*Rei appellatio latior est quam pecuniæ, quæ etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; quum pecuniæ significatio*

Direito, com o seu mixto de Direito Romano e Direito Francez, admittio a inutil, e má, distincção das cousas corporeas e incorporeas (207); e tambem, por extensão das leis da siza, a distincção ainda peior dos bens immoveis por natureza, e pelo objecto á que se applicão (208). Será isto distinguir as cousas, ou distinguir os proprios direitos?

Tambem o Direito Romano fazia distincção entre o *homem* e a *pessôa*, não só porque além da pessôa individual existe a collectiva, senão tambem porque a pessôa é a entidade considerada em seus direitos, podendo portanto representar differentes papeis (209); e finalmente porque o homem podia sêr

ad ea referatur, quœ in patrimonio sunt—L. 5ª § 1° Dig. *de verb. signifi.* As *cousas* pois do Direito Civil são os *bens* (Art. 42 Consolid.)—*bona ex eo dicuntur, quod beant, id est, beatos faciunt, beari enim est prodesse*—L. 49 Dig. *de verb. signif.* Philosophicamente, em accepção mais elevada, a palavra —*bens*—póde comprehendêr tudo quanto proporciona ao homem uma utilidade, seja material ou moral.

(207) Art. 42 Consolid. As cousas corporeas são os bens moveis, e immoveis; as incorporeas os direitos, e as acções exigiveis.

(208) Arts. 44, 45, e 47, Consolid., extrahidos das leis do imposto da siza, que adoptárão a classificação dos Arts. 517 á 526 do Cod. Civ. Franc.

(209) Em um caso a pessôa é considerada com todos os seus direitos, em outro caso com certos e determinados direitos, que lhe—provém de um estado, de uma qualidade. Neste ultimo caso a palavra—*persona*—allude á mascara, com que se cobrião os antigos actôres das peças dramaticas.

absolutamente privado da *capacidade juridica*, ou no caso da escravidão, ou no caso da *capitis diminutio maxima* (210).

Só as duas primeiras accepções quadrão ao nosso Direito, não a ultima, uma vez que se prescinda de escravos (211). Os homens são sempre capazes de têr direitos.

(210) São bem conhecidas as tres restricções, que por Direito Romano diminuião a capacidade juridica até o gráo de privação completa—*capitis diminutio minima, media, maxima* —Estas degradações correspondião aos tres estados—*familiæ civitatis. libertatis.* Quanto ao 1° estado os homens erão ***sui juris, alieni juris.*** Quanto ao 2° *cives, peregrini.* Quanto ao 3°, ***iberi, servi.***

(211) Do que temos prescindido, como já declaramos. Ninguem ousará dizêr, independentemente de qualquer demonstração, que uma pessôa livre entre nós póde passar á condição de escravo. Mesmo com os libertos, desde que a nossa Carta no Art. 6° § 1° considerou-os Cidadãos Brasileiros, e no Art. 91 os admittio á votar nas eleições primarias, todos entendem, que tem cessado a Ord. L. 4° T. 63 §§ 7°, e 8°, quanto á revogação de alforrias por causa de ingratidão—Vid. Not. ao Art. 421 Consolid.—. A escravidão, que, segundo o antigo Direito Romano, resultava da *capitis diminutio maxima*, como consequencia de certas penas—*servitus pœnæ*—foi abolida pelo Imperador Justiniano na Novel. 22 Cap. 8°, e antes d'elle já o-havia sido por Valentiniano na L. 8ª Cod. Theod. *de pœn.* Por inadvertencia fallou-se em *servo da pena* na Ord. L. 4° T. 81 § 6°, e na do L. 2° T. 26 § 28 da *pêrda do estado, ou liberdade, das pessôas*. Nunca houve em Portugal *servidão da pena*—Mell. Freir. L. 2° T. 1° § 11 Para a confiscação de bens não carecia o podêr absoluto d'essa ficção antiga do Direito Romano. Pelo Direito novo a solução negativa é evidente, porque a pena de morte, que é o caso da Ord. L. 4,

A capacidade juridica portanto se-reduz á capacidade de obrar, só exprime um maior ou menor gráo de aptidão, a diversidade de aptidões, o que constitue o *estado das pessôas* (212).

Excluido o *estado de escravidão* opposto ao de *liberdade*, tambem é de mister excluir o *estado de estrangeiro* em opposi-

---

T. 81 § 6°, não póde produzir outro effeito, que não o designado nos Arts. 38 e seg. do Cod. Pen. As leis penaes não admittem interpretação extensiva, e por maior precaução ahi está o Art. 33 do mesmo Cod. Finalmente a Const. proclamou a inviolabilidade dos direitos do homem, e assegurando particularmente o direito de propriedade, e abolindo o confisco, que era o remate daquellas Ordenações, impossibilitou todo o pensamento do antigo legisladôr. Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.

Quanto á revogação das alforrias, não basta attendêr á ingratidão dos libertos, pois que ha outras causas de resolução. Completa-se agora o desenvolvimeuto, que esta materia requer, como se-póde vêr na Not. ao Art. 421 Consolid.

(212) Não era assim por Direito Romano, que fazia do—*status*— a condição caracteristica da capacidade civil; e as outras qualidades, que aliás tambem são *estados*, reputava condição de certos direitos. É porisso que d'Aguesseau censura aos Jurisconsultos Romanos não terem definido a palavra—*estado*—.

O ultimo estudo da *capacidade civil*, cujo resultado é o que apparece nos Arts. 16 e seguintes do *Esboço do Codigo Civil*. convenceu-me de que ella não se-reduz á capacidade de obrar. A capacidade civil é de direito, ou de facto; e esta ultima vem á sêr a capacidade de obrar, consiste na aptidão, ou no gráo de aptidão, das pessôas para exercêrem por si os actos da vida civil. Fiquem portanto rectificadas as idéas aqui expostas com as do têxto do *Esboço*, e seus commentarios.

ção ao de *cidadão* (213); e ficão-nos sómente o *estado de fa-*

---

(213) O estado de cidadão—*civis*—, opposto ao de estrangeiro—*peregrinus*—, repousa na distincção, que (note-se bem), na esphera do Direito Privado, fazião os Romanos de um Direito das Gentes commum á todos os homens—*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit,*—e de um Direito Civil, que cada povo por si estabelece para si—*quod quisque populus ipse sibi jus constituit*—. Provinha essa distincção de idéas que admittião a qualidade de origem entre os homens, ou pelo menos uma desigualdade fundamental resultante da conquista. Os estrangeiros não erão homens iguaes aos cidadãos romanos, e não podião portanto gozar dos mesmos direitos; reconhecia-se-lhes o gôzo do—*jus gentium*—, mas não do—*Jus civile*—, que era privativo dos cidadãos romanos—*proprium jus civium Romanorum,*—*jus quiritium*—. A differença entre estrangeiros e cidadãos foi successivamente desapparecendo, houverão gráos intermediarios, até que foi abolida—L. 17 Dig. *de stat. hom.* Tendo cessado esta differença, cessou a distinção entre o—*jus civile*— e o—*jus gentium*—, os quaes se-identificárão. Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a differença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto não existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros. A este mesmo resultado chega Savigny Dir. Rom. Tom. 2° § 75 na applicação ao Direito actual dos principios sobre a capacidade e a—*capitis diminutio*. Apezar disto, a nossa Ord. L. 4° T. 81 § 6° ainda refere-se á esse—*jus civile*—, quando diz—*actos civis, que requerem autoridade do Direito Civil, como é o testamento*—. E quando foi que em Portugal negou-se aos estrangeiros a facção testamentaria, ou qualquer outro acto d'esses que só erão do—*Jus Civile*—, e não do—*Jus Gentium?*—*Neque ad hodiernos mores ap-*

milia, e todos os outros resultantes das incapacidades de obrar, naturaes, e legaes (214).

O Titulo 1° da Parte Geral começa pelo homem em sua vida preparatoria—*nasciturus, venter, qui in utero est*—(215), regula os actos do seu nascimento, e obito (216), e distingue as pessôas pelos seguintes estados: 1°, idade (217); 2°, familia (218;) 3°, alterações mentaes (219); 4°, ausencia (220).

As disposições relativas á cada um d'estes assumptos são insufficientes, assim como as que concernem ás pessoas collectivas (221). Os actos de nascimento, e obito, e os de casamento, de que tratou-se na Parte Especial (222) como materia ligada á celebração do matrimonio, esperão a indispensavel reforma, que

---

tari possunt, quæ Romani de suorum civium jure, non temere aliis concedendo, nimia tenacitate tradiderunt—Mell. Freir. L. 2° T. 3° § 13 not.

(214) Muitos Escriptôres de Direito Romano, como Heinecc, abandonando o rigôr da theoria do—*status*—, o considerão simplesmente como a qualidade, que dá causa á diversidade dos direitos; e o dividem geralmente em *natural* e *civil*. O mesmo seguio Mell. Freir. L. 2° T. 1° § 1.° A qualidade da *nobreza* é hoje de nenhuma importancia para o Direito Civil —Vid. Arts. 369 §§ 5° e 6°, 457, 458, 459, e 694, Consolid.

(215) Art. 1° Consolid.

(216) Arts. 2° á 7° Consolid.

(217) Arts. 8°, 9°, e 11 á 28, Consolid.

(218) Art. 10 Consolid.

(219) Arts. 29 e 30 Consolid.

(220) Arts. 31 á 39 Consolid.

(221) Arts. 40 e 41 Consolid.

(222) Art. 99 Consolid.

já embalde tentára o Decreto de 18 de Junho de 1851 (223).

Não ha entre nós caso possivel de privação de *direitos civis* (224), ou seja pela pêrda da qualidade de cidadão brazi-

---

(223) Vid. not. ao Art. 2° Consolid.

3.ª ED.

Por effeito da Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870 rege, ou deve regêr actualmente o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, sobre o registro civil dos *nascimentos*, *casamentos*, e *obitos*.

(224) Que vem á sêr *direitos civis*? Que vem á sêr *direitos do cidadão*? Que vem á sêr *direitos politicos*? Tambem ha outras denominações, como as de—*direitos do homem*, *direitos naturaes*, *direitos individuaes*, *direitos privados*, *direitos publicos*, *direitos de cidade*, *direitos civicos*. Todas estas denominações designão duas categorias de direitos, e só uma d'ellas é commum ás duas categorias, mas contendo uma antithese em relação á nacionalidade. Na mesma categoria os epithetos enuncião idéas especiaes. Com o mesmo epitheto a idéa é mais ou menos extensa. Em uma das categorias entrão os *direitos civis*, *direitos do homem*, *direitos naturaes*, *direitos individuaes*, *direitos privados*, *direitos publicos*. Na outra categoria, *os direitos politicos*, *direitos de cidade*, *direitos civicos*. A denominação commum é a dos—*direitos do cidadão*—, que presta-se á designar os direitos das duas categorias, ora comprehendendo os de ambas em toda a sua plenitude, ou com restricção; ora os direitos sómente de uma das categorias, mas tendo por base a idéa de nacionalidade, opposta á idéa contraria. Os *direitos do homem* são *individuaes*, porque lhe-pertencem como individuo, e não como membro de um pôvo; são *naturaes*, porque constituem a natureza humana; são *privados*, porque respeitão immediatamente ao interesse particular de cada um;

leiro, ou seja por effeito de condemnações judiciarias (225). Sup-

---

são *civis* e *publicos*, porque as leis (note-se bem) as leis, e não sómente as leis civis, os-declarão, protegem, sanccionão, e regulão. Esta expressão—*direitos publicos*—não tem uso entre nós, é dos Publicistas Francezes, que a-derivárão de suas Cartas de 1814 e 1830, alludindo aos mesmos direitos individuaes que aquellas Cartas declarárão, e garantirão. Os direitos são *politicos*, porque conferem ao cidadão a faculdade de participar mais ou menos immediatamente do exercicio ou estabelecimento do podêr, e das funcções publicas; são, quando tem verdadeiro caracter politico, os *direitos de cidade*, *direitos civicos*, porque pertencem á vida politica, e caracterisão os cidadãos por excellencia, os cidadãos activos. Tambem não usamos d'estas duas ultimas expressões, que pertencem á Constituição Franceza de 1799 (anno 8°). Temos portanto em ultima analyse os—*direitos civis*—e os—*direitos politicos*—, que são todos os direitos *do homem* e *do cidadão*. Mas quanto aos *direitos politicos* a idéa póde sêr menos extensa no Governo Constitucional, designando unicamente aquelles direitos, que nos-fazem participar da formação, e acção, dos grandes podêres publicos; isto é, dos que intervem na confecção das leis, ou são encarregados da sua execução. Quanto aos *direitos civis* a idéa tambem se-restringe, designando, não todos os direitos individuaes; mas unicamente aquelles, que são regulados pelo Direito Civil propriamente dito, e que podem sêr objecto de um Codigo Civil. Tal é a accepção, em que tomamos aqui os—*direitos civis*—. A accepção mais lata pertence ao nosso Direito Constitucional, que indistinctamente emprega as palavras—*direitos civis*—e—*direitos individuaes*—na inscripção do Tit. 8°, e nos Arts. 178 e 179, para designar todos os direitos, que não são—*direitos politicos*—.

(225) A Const. do Imp. no Art. 7° contém dois casos de privação dos *direitos de Cidadão Brazileiro* pela pêrda da qua-

---

lidade de cidadão, e um só caso—o de banimento—por effeito de condemnações judiciarias; porém nós já determinámos o valôr das qualificações—*direitos do cidadão*—e—*direitos civis*—, e acabamos de vêr que exprimem idéas diversas. A primeira d'estas expressões é antithetica, para designar os *direitos politicos*, e aquelles *direitos civis*, *scilicet*, direitos não politicos, que são privativos dos nacionaes, e de que portanto os estrangeiros não podem gozar. Consequentemente a pêrda dos *direitos de cidadão* não importa a privação total dos direitos não politicos, em cuja classe entrão os *direitos civis* regidos pela Legislação Civil. Os direitos não politicos privativos da nacionalidade são os direitos individuaes com a expansão possivel, que lhes dá a Carta no Art. 179, e que lhes dão as Leis secundarias. Os direitos não politicos, de que gozão os estrangeiros, são os mesmos direitos individuaes, porém um pouco mais limitados, não na esphera sómente do *Direito Civil*, senão tambem na esphera do *Direito Criminal* (outro ramo do *Direito Privado*), e na esphera do *Direito Administrativo*, um dos ramos do *Direito Publico*. Com effeito, o homem com os seus direitos individuaes não está sómente em relação com os outros homens, está igualmente com o podêr publico. Como no estado actual das sociedades modernas as restricções aos direitos dos estrangeiros não são, e não podem sêr, muitas; a differança entre nacionaes, e estrangeiros, deriva principalmente dos *direitos politicos*, de que os ultimos nunca podem gozar. E' por este motivo, que um insigne Publicista (Silvestre Pinheiro) nas suas observações á Carta Portugueza pag. 113 explica-se deste modo: « Quanto aos *direitos civis* nenhuma differença póde havêr entre nacionaes, e estrangeiros, em um paiz constitucional; e portanto é só aos *direitos politicos*, que se refere aquella distincção.» O mesmo repete no seu Man. do Cid. Tom. 1° pag. 15. Fujamos porém de suppôr, que o Art. 7° da Carta unicamente refere-se aos direitos politicos,

pôr actualmente um *Direito Civil* de pura nacionalidade (226),

não desprezemos sua boa phraseologia, não procuremos corrigi-la á feição do Direito Francez, para não cahirmos na confusão de idéas, que transviou alguns J. C. Poruguezes na intelligencia do Art. 8° da sua Carta, igual ao 7° da nossa. Liz Teix. Dir. Civ. Part. 1ª T. 2° § 12 entendeu, que a pêrda dos *direitos de cidadão* importava a pêrda dos *direitos politicos*, e dos *direitos civis*. Coelh. da Roch. Dir. Civ. §§ 200 e 201, ora applica as disposições da Carta á simples qualidade de nacional, ora aos *direitos politicos* sómente; postoque lhe-pareça devêr-se entendêr, que a Carta tambem falla da pêrda dos direitos civis Corr. Tell. Dig. Port Liv. 2° Tit. Prelim. não descreveu os casos de pêrda dos direitos de nacional (como aliás fazem os outros); mas os casos de pêrda dos *direitos politicos*! Será possivel perdêr tão sómente os *direitos politicos* sem perdêr ambem a nacionalidade?

(226) Labora neste engano o recente Comment. da nossa Const. sob o titulo — *Direito Publico Brasileiro* —, estabelecendo duas ordens de *direitos civis* (§§ 533, 611, e 640), confundindo o *Direito Positivo* em geral com o *Direito Civil*, e reunindo depois os *direitos civis* em um — *jus quiritium* — por contraste á um — *jus civitatis* — (§ 612). Ha nisto uma preoccupação de falsas idéas bebidas nas theorias do Direito Francez, e nas tradições do Direito Romano, de onde resultárão graves erros. Concluio-se: 1°, que o Direito Constitucional não deve contêr disposições sobre a qualificação da nacionalidade; 2°, que a nossa Carta só tratou disso por dependencia de materia; 3°, que nesta parte, não tendo ella caracter constitucional, póde ser alterada por lei ordinaria (§§ 616 á 620). Estas conclusões são inadmissiveis, e sentimos não podêr aqui acompanhar cada uma das proposições, á que se tem recorrido para demonstra-las. A lei constitucional é a primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar. Constituida uma associação politi-

ca, a consequencia immediata é logo a designação de quem d'ella faz parte. A nacionalidade é a condição primordial dos direitos politicos, porque ninguem póde exercer direitos politicos sem ser nacional; mais a nacionalidade não é o fundamento dos direitos individuaes, e dos *direitos civis* em particular; isto é, dos *direitos civis* regidos pela *Legislação Civil*, porquanto os estrangeiros gozão destes direitos com algumas restricções, ou, por outro modo, gozão de quasi todos estes direitos. Quando se perde a nacionalidade, perdem-se necessariamente os direitos politicos; mas não perdem-se isoladamente os direitos politicos, ficando a nacionalidade. Eis porque a nossa Carta mui sabiamente só designa no Art. 7° os casos de pêrda da nacionalidede, e quanto á direitos politicos (Art. 8°) só trata dos casos de suspensão. Na ordem politica a linha de separação entre reinicolas e estrangeiros é indestructivel, na ordem civil não ha linha de separação, ha restricções; e por muitas que fossem, longe estarião de uma suppressão completa. Se a pêrda da nacionalidade produz sempre a dos direitos politicos, ao tempo que pouco influe nos direitos civis, é bem evidente, que a qualificação da nacionalidade pertence ao Direito Constitucional, e não ao Direito Civil. É impossivel demonstrar, que esta materia não tem caracter constitucional nos termos do Art. 178 da Carta, quando ella refere-se no todo aos direitos politicos, e em alguma cousa aos direitos individuaes. Não servem de exemplo as legislações de outros paizes, que fazem dependêr o gôzo dos direitos civis da qualidade de nacional; e neste caso estão o Cod. Franc., o Cod. Belga, e todos os outros, que o imitarão. A Ord. L. 2° T. 55 trata da nacionalidade, mas todos sabem, que a Compilação Filippina é um Cod. geral e que só o seu L. 4° contém o Direito Civil propriamente dito.

negar *direitos civis* aos estrangeiros (227), fallar em *morte ci-*

(227) Na Obra citada §§ 639 e 640 não se-apontou um só direito de *Legislação Civil* propriamente, de que os estrangeiros não gozem. Tudo que pertence ao exercicio de empregos publicos, á começar pelos de mais baixa escala, corresponde aos *direitos politicos*, não na accepção restricta, e usual, do regimen constitucional; mas na geral, como participação de funcções publicas. Quaes serão esses direitos civis, que procedem do Direito Natural, e do Direito das Gentes, Tratados, e costumes, da civilisação? Qual a lei nossa, que tem distinguido esses direitos civis mais naturaes, e menos civis, de outros direitos menos naturaes, e mais civis? —O *estatuto pessoal* é outra preoccupação da citada Obra. As nações são entre si independentes, tem o podêr exclusivo de promulgar suas leis; e estas obrigão, nos limites de cada territorio, todas as *cousas*, e todas as *pessôas*, que n'elle se-achão. Quaesquer effeitos, que as leis estrangeiras possão têr no territorio de um Estado, dependem absolutamente do consentimento expresso, ou tacito, d'esse Estado—Wheaton—*Dir. Intern.* Part. 2ª Cap. 2º §§ 1º e 2.º Se uma nação (Chassat *Trait. des Stat.* pag. 214) está obrigada á reconhecêr ne estrangeiro os direitos privativos da sua nacionalidade, a solução d'esta questão não se-vê escripta em parte alguma, nem tem entrado ao menos, como consequencia de uma obrigação correlativa á um direito certo, em o numero d'essas verdades geralmente recebidas, ou dos usos constantes entre os povos. Todos os Escriptôres reputão a exterritorialidade, que se dá á estas leis como acto de benevolencia, como devêr de sociabilidade humana, como facto de mutua conveniencia—*ob reciprocam utilitatem*—, e não como condição obrigatoria. E demais, se os *statutos* são admittidos, ou observados, em uma nação, elles não restringem os direitos civis dos estrangeiros, antes os mantém pelo modo mais favoravel. O que as nossas

vil (228); é conceber um chimerico estado de cousas, que

leis tem providenciado á este respeito acha-se colligido nos Arts. 406 e 408 Consolid.

Depois da leitura do que tem escripto Savigny Tom. 8º do seu Dir. Rom. fica-se convencido, de que n'esta materia não ha o arbitrario, que em geral se-suppõe. Cada relação de direito tem sua séde propria, seu logar d'existencia. Eis o que determina a applicação de leis estrangeiras. Investigando esse logar d'existencia, o legisladôr póde erigir em preceito legislativo o que por ora reputa-se pertencêr á esphera do Direito das Gentes, e depende da controversia dos Escriptôres. É o que tenho feito no *Esboço do Codigo Civil*, em cujas notas achar-se-ha uma larga exposição de motivos.

(228) No Direito Romano não encontra-se a expressão methaphorica—*morte civil*—, mas os Interpretes a inventárão por uma deducção da theoria da—*capitis diminutio*—. Essa expressão alludia: 1º, á pêrda simplesmente (*salva libertate*) do direito de cidade—*capitis diminutio media*—; 2º, á escravidão das penas, um dos casos da—*capitis diminutio maxima*—. As Ordenações Affonsinas, colligidas em 1446, não fallão em *morte civil*. Esta locução introduzio-se depois nas Ordenações Manoelinas, e nas Filippinas, como vê-se das Ords. L. 5º T. 120 princ., T. 126 princ., e § 3º, e foi repetida na Cart. Reg. de 16 de Dezembro de 1615, dizendo-se de passagem—*morte natural ou civil*—; sem que se saiba, se uma é consequencia da outra, ou se são duas penas diversas, e quaes os effeitos d'essa imagem da morte natural. O mais, que se lê em nossos Juristas, é obra d'elles, e não das nossas leis, salvo o caso da confiscação de bens da Ord. L. 2º Tit. 26 § 28, que falla da *pérda da vida, ou estado, ou liberdade*, e o da Ord. L. 4º T. 81 § 6º, que falla da *servidão da pena*, privando do direito de testar aos condemnados á morte. Á esta ultima

evoca tradições do Direito Romano (229), reproduz más

Ord. se refere simplesmente a do L. 4° T. 83 § 2°, derivada da L. 11 Dig. de *tastam. milit.*, que faz uma excepção em favôr do soldado. A confiscação de bens era uma pena, que impunha-se em varios casos, e que não envolvia a idéa da *morte civil*; e levada a questão ao seu ultimo reducto, o da Ord. L. 4° T. 81 § 6°, a confiscação de bens ainda apparece nessa Ord. como complemento da supposta *morte civil*, sendo o seu effeito proximo privar os condemnados á morte de fazêr testamento. Com esse unico effeito terá a metaphora algum valôr? A confiscação de bens foi abolida pelo Art. 20 da Const., e assim ficou mutilada aquella Ord. L. 4° T. 81 § 6°, e despojada do seu complemento. Já se-disse, que os casos de pêrda dos direitos de cidadão do Art. 7° da mesma Const. só se-referião aos direitos politicos, e á alguns direitos não politicos privativos da nacionalidade. No mesmo sentido deve-se entendêr o Art. 50 do Cod. Crim., concordante com o § 3° d'aquelle Art. 7° da Const., sobre a pena de banimento, privando para sempre os réos dos direitos de cidadão. Além de que, essa pena não tem sido applicada pelo mesmo Cod., e se o fosse, resolver-se-hia em prisão perpetua, quando o banido voltasse ao territorio do Imperio. A prisão (Art. 53) inhibe sómente o exercicio dos *direitos politicos*. A pena de morte tambem está definida no citado Cod., e não tem essa pena concomitante da chamada *morte civil*. Se a nossa legislação moderna (Vid. Repert. de Furt.), e ultimamente o Cod. do Com. Art. 157 § 3° (Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.) fallão em *morte civil*—, repetem simplesmente um nome sem sombra de realidade. Vid. Card.—*O que é o Codigo Civil?*—

(229) A—*Civitas Romana*—comprehendia direitos de natureza politica, —*jus suffragii*—*jus honorum*—, de que dependia a participação no governo, e comprehendia tambem os direitos privados. Não se-pense porém, como observa Savigny Tom. 2° pag. 46, que aquelles direitos politicos fórmão a base fundamental do direito de cidade. Havia no tempo da republica uma classe particular de—*cives non optimo jure*—, isto é, *sine suffragio*; d'onde vê-se, que a qualidade de cidadão não era necessariamente ligada á posse d'esses direitos. A capacidade do Direito Privado subsistio sempre, e resultava da differença entre o *jus civile* e o *jus gentium*, os quaes erão uma subdivisão do *Jus Privatum—quod ad singulorum utilitatem spectat*. O *jus civitatis* nunca designou *direitos politicos*, era o mesmo—*jus civile*—*jus quiritium*—; mas, não obstante sêr uma divisão do Direito Privado, tinha caracter politico, visto que distinguia direitos *privativos* dos cidadãos, de que os estrangeiros não podião gozar. Ora, tendo cessado tal distincção, não ha mais algum direito civil, que tenha o caracter de nacionalidade. Dêsde que os estrangeiros forão admittidos á exercêr os direitos privados sem distincção dos nacionaes, a accepção das Leis Romanas perdeu seu valôr de applicação pratica. Todavia os J. C. nunca d'ella se-desquitárão, e os livros juridicos trazem enumerações de *direitos civis* (Vid. Guichard *Trait. des Droits Civils*); e discussões ridiculas, e inuteis, que remontão ao *estado da natureza*, hoje sem sectarios.

theorias do Direito Francez (230); mas que nada tem de se-

(230) A distincção romana do—*jus civile*—, e do *jus gentium*—insinnou-se na jurisprudencia dos Parlamentos, a differença entre cidadãos e estrangeiros era bem sensivel na effectividade do *direito de albinagio — droit d'aubaine*—; e supposto a Revolução de 1789 proclamasse os direitos do homem, e para sempre abolisse os direitos de albinagio, e de detracção; o Cod Civ. em 1804 distinguio as pessôas em relação ao gôzo, e á privação, dos direitos civis, estabeleceu essa

privação para os casos de pêrda da qualidade de francez; limitou no Art. 11, e nos Arts. 726, e 912, (depois revogados por uma lei de 1819) os direitos dos estrangeiros; e, conservando as antigas idéas sobre a *morte civil*, deu força ás imprias noções do Direito Romano, fazendo no Art. 25 uma paticular distincção de direitos civis, onde até entrou o casamento! A Const. Franc. de 1791 identificára as qualidades de *nacional*, e de cidadão; mas, como todos os cidadãos não gozavão dos direitos politicos, discriminou-os em activos, e não activos. A Const. de 1795 (anno 3°), e sucessivamente a de 1799 (anno 8°), destruirão a identidade, chamando—*francezes*—os cidadãos não activos, e cidadãos os activos sómente. E o que fizerão os redactores do Cod. Civ.? Coherentemente com essas ultimas Constituições estabelecêrão no Art. 7°, que o exercicio dos direitos civis era independente da qualidade de cidadão; mas impropriamente transportárão para o Art. 17, e Arts. 23, e 24, disposições, que havião sido estatuidas para a pêrda dos direitos politicos (á que se tinha dado o nome de *direito de cidade*), e as applicárão para a pêrda dos direitos civis ligados á qualidade de simples nacional. Fizerão ainda mais, porque no Art. 17 addicionárão um novo caso, que não vê-se na Const. do anno 8°, qual o do estabelecimento em paiz estrangeiro sem intenção de voltar. Desta maneira legislárão como constituintes no Codigo Civil, visto que, perdida a qualidade nacional por este motivo, perdida estava a qualidade de cidadão. Se a qualidade de nacional era independente da de cidadão, a qualidade de cidadão não o era da qualidade de nacional, porque não se póde têr direitos politicos sem sèr nacional. O caso é, que essa má legislação foi persistindo. As Cartas de 1814, e de 1830, forão mudas á este respeito. A ultima Const. de 1852 adoptou os grandes principios proclamados em 1789, mas o Cod. Civ. tinha em vista a Const. do anno 8.° A *morte civil*, que se-

melhante com a realidade da nossa vida civil (231). São aber-

---

póde dizer uma instituição peculiar da Legislação Franceza, tem sido geralmente abolida, e mesmo em França, por uma lei de 31 de Maio de 1854. Vid. Humbert Comment. á esta lei.

(231) 1.°—No ponto de vista do antigo Direito Romano, e do Direito Francez promiscuamente, já que as idéas do primeiro, posto que bastardeadas, passárão para o segundo; e não pondo em linha de conta escrupulosas apreciações da verdade historica, e as controversias proprias desta materia; o *casamento* (não obstante seu elemento natural, e seu elemento religioso, além do elemento civil), a *adopção*, o *patrio poder*, a *successão hereditaria*, a *facção testamentaria*, as *hypothecas*, e *privilegios* (em parte), e a *prescripção*, são do Direito Civil, e não do Direito Natural (ou das Gentes). Quasi todos os contractos, a *compra* e *venda*, a *locação*, a *sociedade*, o *deposito*, o *mutuo*, e outros, são do Direito Natural, e não do Direito Civil.—*Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles*—Inst. *de jur. natur. gent. et civ.* § 2.° Quanto á propriedade immovel, e direitos reaes, que lhe são annexos, os Romanos tinhão o—*dominium quiritarium*—e o—*dominium bonitarium*—, sendo aquelle só proprio dos cidadãos, e esta differença não existe no Direito Francez. A doação *entre vivos* era do Direito das Gentes, entretanto que o Art. 25 do Cod. Civ. Franc. a-considera como do Direito Civil. 2.°—No ponto de vista só do Direito Francez vemos o direito de albinagio (*droit d'aubaine*) estabelecido nos Arts. 726 e 912 do Cod. Civ., os quaes forão depois abrogados pela lei de 14 de Julho de 1819; vêmos duas classes de estrangeiros, os do Art. 11 gozando de direitos civis em proporção de uma reciprocidade diplomatica, e os do Art. 13

admittidos por uma especial autorisação, que não produz os mesmos effeitos da naturalisação; vemos os estrangeiros quasi reduzidos aos civilmente mortos, vemos finalmente no Art. 25 o longo catalogo de direitos, inclusive o de casamento, de que os civilmente mortos ficão privados. E o que tem tudo isto de commum com o nosso Direito Civil, e com a realidade da nossa vida civil? O direito de albinagio não consta que fosse praticado em Portugal. Como em França, e em outros paizes, esse chamado direito exercia-se, usurpando o fisco a fortuna dos particulares, celebrou-se com aquella nação a Convenção de 21 de Abril de 1778, que declarou tal direito reciprocamente abolido, salvando-se apenas um indeterminado direito de *detracção*, mas incerto. Essa Convenção foi confirmada em Tratados ulteriôres, especialmente no Tratado de paz geral de 30 de Maio de 1814. Com a Russia tomára-se igual precaução no Tratado de 27 de Dezembro de 1787, renovado em 27 de Dezembro de 1798 (Vid. Resol. 1ª de 23 de Setembro de 1826, Ordem de 5 de Novembro de 1840, Av. de 30 de Setembro de 1846, cit. no Repert. de Furt.) Para gozarem dos direitos civis, os estrangeiros não precisão de autorisação alguma. Nunca tivemos alguma situação conhecida de *morte civil*, ou como verdadeira imagem da morte natural, ou como imperfeito simulacro por privar de certos e determinados direitos. Em summa, quanto á *direitos civis* puramente, isto é, os regidos pela actual Legislação Civil, não descobrimos disposições especiaes senão no caso da *locação de serviços* (Arts. 696 e seg. Consolid.); e essas mesmas forão motivadas pela transitoria necessidade da colonisação. As disposições especiaes sobre herdeiros estrangeiros ausentes (Art. 34 Consolid.) e heranças de estrangeiros (Arts. 1260 á 1266 Consolid.), são protectôras e não restrictivas. A reciprocidade diplomatica do Art. 24 do Regul. de 8 de Novembro de 1851 é só a condição de um favor excepcional,

e não a do gôzo em geral dos direitos civis. Entre as incapacidades da tutela e curatela (Art. 262 Consolid.) não vemos que se-contemple a proveniente da qualidade de estrangeiro. O Av. de 8 de Junho de 1837 (que de proposito não colligimos), com a sua differença entre pupillos nacionaes, e estrangeiros, não é applicavel na pratica senão ás tutelas dativas. Cumpre abandonar a idéa oriunda do Direito Romano, de que a tutela é um *munus publico*. As mulheres podem sêr tutôras, sendo mãis e avós (Arts. 245 § 1°, e 262 § 1°, Consolid.); e as mulheres não gozão de direitos politicos, não podem em regra exercêr funcções publicas. Se é do espirito de todas as legislações procurar unicamente no tutôr um protector desinteressado dos bens do pupillo, a tutela deve sêr razoavelmente confiada á pessoa, que segundo todas as probabilidades desempenhar melhor o fim, que se-deseja. Nas outras espheras do Direito ha varias differenças entre nacionaes e estrangeiros, que na—*Classif. das Leis*— procuraremos colligir com o maior cuidado. Sem fallar de funcções publicas, inclusive as de parochos, ou de outros beneficios ecclesiasticos, professôres, advogados, officiaes de Justiça, collectôres, corretôres, agentes de leilões, etc., as differenças mais notaveis dão-se nos casos da *liberdade de imprensa* (Art. 7° §§ 1° e 2° Cod. Crim.), *propriedade litteraria* (Art. 261 cit. Cod.), *acção de responsabilidade contra empregados publicos*, não sendo em causa propria (Art. 154 Cod. do Proc. Crim., e Art. 396 do Reg. de 31 de Janeiro de 1842), do *habeas-corpus* (Art. 340 do Cod. do Paoc. Crim.), *mineração* (Ordem de 14 de Maio de 1849), e *concessão de terrenos diamantinos* (Decr. de 25 de Outubro de 1832 Art. 11).

3.ª ED.

A liberalidade da nossa Legislação para com os estrangeiros já fêz cessar duas das exclusões acima apontadas:

rações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma applicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos (232).

Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 18 § 8°:—Não é vedado ao *estrangeiro* requerêr para si ordem de *Habeas-Corpus* nos casos, em que esta tem lugar:

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 23:—Os *estrangeiros* poderáõ isoladamente, ou em sociedade, como os subditos do Imperio, requerêr, e obtêr, concessão para a mineração; ficando revogadas as disposições, que lhes vedão tal concessão.

Sobre a *propriedade industrial* outra liberalidade para com os estrangeiros (que já de facto existia) no Decr. n. 2682 de 23 de Outubro de 1875.

(232) Trat. de Dir. Rom. Tom. 2° pag. 149. Esta censura faz o sabio Escriptôr por occasião de um interessante episodio sobre o Direito Francez. Depois de observar, que os Autôres allemães expõem os principios romanos sobre a—*capitis diminutio*—sem pretenderem achar n'elles alguma applicação pratica; depois de passar em resenha os effeitos da chamada *morte civil*, explica-se deste modo:

« A distincção entre o Direito Civil e o Direito Natural é evidentemente tirada do Direito Romano, mas ella tinha entre os Romanos uma significação muito diversa; porquanto o—*jus gentium*—era um direito completo, um direito positivo como o—*jus civile*—. Ao systema romano se-tem irreflectidamente substituido um systema bem differente, uma distincção entre as instituições do Direito—*umas mais positivas, mais arbitrarias, e outras mais naturaes. Mas este systema, sem utilidade pratica, é vago em suas demarcações, e vacillante em suas bases.* » Com igual criterio Chassat em seu Trat. dos *Statutos* pag. 197, censurando tambem o Direito Francez quanto á reciprocidade mathematica fundada sobre Tratados de que fêz dependêr os direitos civis dos estrangeiros, reprova essas enumerações arbitrarias de direito, essas subtilezas, apreciações, e distincções mais ou menos plausiveis, que a materia fornece « A materia comporta, diz elle, uma theoria mais elevada, e mais segura. O que importa em legislação é consagrar principios, lançar vistas largas, que dominem as opiniões no sentido dos interesses geraes. »

As *cousas*, em seu sentido largo e antinatural, porém designando mais particularmente os objectos materiaes, são consideradas em si mesmas, e depois em relação ás pessoas, ou antes em relação ao direito real de dominio (233), e outros direitos reaes. Neste segundo aspecto ellas se-distinguem: 1°, em *cousas do dominio nacional* (Arts. 25 á 59 Consolid.), 2°, em *cousas do dominio particular* (Arts. 62 á 75 Consolid.).

---

(233) Já está dito, que a palavra—*dominio*—exprime em rigôr uma idéa menos extensa, do que o termo—*propriedade*. O dominio só recahe sobre objectos corporeos, e é porisso, que no Liv. 2.° Tit. 1°, onde tratamos do direito real de dominio, não fallamos da *propriedade literaria* (Art. 261 Cod. Crim.), e nem da *propriedade industrial* (Art. 179 § 26 Const., Lei de 28 de Agosto de 1830). O contrario vê-se no Dig. Port. de Corr. Tell. Liv. 3° n. 42 á 54, e o mais notavel é, que tratou-se disto como materia propria da *occupação* das cousas achadas—*invenção*— (Arts. 885 a 889 Consolid.), como um dos modos originarios de adquirir propriedade ! As disposições sobre a *propriedade literaria*, *industrial*, e *artistica*, não pertencem ao Direito Civil.

Entendo hoje, que no Cod. Civ. se-póde, e se-deve tratar da propriedade litteraria, industrial, e artistica: e assim fal-o-hei no Liv. 3° do *Esboço*. Esta materia é de summa difficuldade, sua exacta comprehensão demanda grande esforço, e em tempo opportuno darei conta das minhas cogitações.

Classificamos as *cousas do dominio nacional,* isto é, do *dominio da soberania* (Not. ao Art. 52 Consolid.), e o-fizemos do seguinte modo: 1°, *cousas do uso publico* (Art. 52 § 1° Consolid.); 2°, *cousas do dominio do Estado* (Art. 52 § 2° Consolid.); 3°, *bens da Corôa* (Art. 52 § 3° Consolid.); definindo em seguida, nos termos da legislação actual, algumas das especies, que entrão n'estas tres classes (Arts. 53 á 59 Consolid.).

Esses bens, e, mais propriamente, os *bens do dominio do Estado,* depois da modificação politica do Acto Addicional de 1834, fraccionárão-se, e tiverão a peculiar denominação de *bens geraes,* opposta á de *bens provinciaes,* e *bens municipaes.* Cumpria portanto distingui-los (Arts. 60 e 61 Consolid.), posto que, para não rompêr o laço da integridade nacional, é mister que se não desligue do grande dominio da soberania (234).

As *cousas do dominio particular* não são hoje divididas senão em relação ao emphyteuse, com as denominações de— *bens allodiaes* e *emphyteuticos* (Art. 62 Consolid.), visto têr cessado a outra limitação, que resultava dos vinculos (Arts. 73 á 75 Consolid.).

Não contemplando o *direito real do emphyteuse* como distincto *jus in re* entre os outros direitos reaes do Liv. 2°, e só tratando d'elle como *contracto de aforamento* (Arts. 605 á 649 Consolid.), supposto seja possivel (235) tambem estabelecê-lo por disposição testamentaria, imitamos o Direito Romano (236), e os glosadores. Em verdade, pouco falta ao

(234) Vid. Not. ao Art. 61 Consolid.

(235) Not. ao Art. 605 Consolid.

(236) Trata-se do *emphyteuse* por occasião da locação, por têr com esta, e com a compra e venda, alguma affinidade da

emphyteuse para ser completo dominio; e com razão é elle reputado como se fosse o direito real de dominio, formando porém a especie do *dominio util,* ao lado da outra especie do *dominio directo* (237).

(Instit. *de locat. et condut.* § 3°, Cod. L. 4° T. 66 *de juremphyteut)*; mas o *emphyteuse* não se-confunde com esses contractos, antes é um contracto particular— *contractus emphyteuticarius*—. Já não acontece o mesmo com a *superficie,* que, tendo muita semelhança com o *emphyteuse,* e repousando, como elle, sobre um contracto, todavia não é contracto com nome particular, nem tem naturêza independente; pois que resulta, ora da compra, ora de uma locação, ora de uma doação.

Reconheço hoje, que não devia tratar do *emphyteuse* só como *contracto de aforamento.* Basta ponderar, que elle póde sêr creado por disposição de ultima vontade, posto que até o presente, em minha longa pratica do Fôro, ainda não visse algum exemplo d'essa creação. Ainda que assim não fosse, se do contracto de aforamento resulta um direito real no immovel alheio, o Cap. *do aforamento* devia estar no Liv. 2°, que trata dos *direitos reaes.*

O mesmo acontece com o Cap. *do penhor,* que tambem pertence ao Liv. 2.°

(237) Art. 915 Consolid. A grande extensão dos podêres attribuidos ao emphyteuta induzio com razão os glosadôres á vêr no emphyteuse uma especie de dominio, ou um direito ánalogo; e para o distinguir do *pleno* dominio, em contrapoação ao *semipleno,* dividirão este em *directo* e *util.* Não vemos n'isto inconveniente, uma vez que se-reconhece, que o dominio inteiro contém as duas especies; e demais essas qualificações estão adoptadas em nossas leis, e em nossos costumes. O estabelecimento do emphyteuse é considerado como não constituindo um *titulus alienationis*; mas não se-póde negar, em

Os *direitos de familia* achão-se no Livro 1°, que trata dos *direitos pessoaes*; e na Secção 1ª d'esse Livro, que se inscreve—*dos direitos pessoaes nas relações de familia*—. Por esta maneira estão separados estes direitos pessoaes dos outros direitos pessoaes de que trata a Secção 2ª do mesmo Livro, e onde vê-se a inscripção diversa—*dos direitos pessoaes nas relações civis*—. Ha nisto uma innovação, que é do nosso devêr justificar.

Observámos anteriormente, que, na exposição do Direito Romano, a opinião mais geral comprehende sob o nome de *pessôas* os—*jura potestatis*—, que são os *direitos de familia* (238); e sob o nome de *cousas* abrange, não só os *direitos pessoaes (obligationes)*, como os *direitos reaes* (*jura in re*).

Cumpre porém advertir, que, recorrendo-se á propria fonte, esses direitos de familia não são expostos como formando uma parte bem estremada, mas juntamente com a doutrina do—*status*—; isto é, da natureza, e capacidade juridica, das pessoas, o que parece ter sido um preliminar. Este é o methodo das Institutas (239). Este é o methodo dos Codigos modernos (240). O Codigo Civil de Argovia, que em outro logar indicamos como denotando novidade de plano, tambem

---

relação ao dominio util, que o aforamento envolve em si uma alienação primitiva desse dominio, a qual dá direito ao emphyteuta para alienações ulteriôres. Compare-se a Not. ao Art. 120 com a Not. ao Art. 590 Consolid.

(238) Savigny Dir. Rom. Vol. 1° pag. 388. Muitos Escriptôres entendêrão, que a primeira parte *de personis* trata da doutrina do *status*, mas não no rigorôso sentido do Direito Romano. Hugo diz, que ella contém a doutrina da capacidade do direito, estabelecendo as tres condições, á que corresponde a triplice *capitis diminutio*. Outros buscão um meio termo, e dizem, que o direito das pessoas abrange ao mesmo tempo o *status*, e as relações de familia.

(239) Os Romanos em seu systema de Direito não assignão ás relações de familia, isto é, ao casamento, e relações dos pais com os filhos, um logar particular, e independente; não tratão disto senão de passagem no—*jus quod ad personas pertinet*. Começão pela divisão dos homens em livres, e não livres —*status libertatis*—, á esta divisão adaptão immediatamente a subdivisão dos homens livres em ingenuos, e libertos. Isto lhes-dá occasião de tratar ao mesmo tempo da distincção dos homens quanto ao *status civitatis*, e terminão o direito das pessoas por uma terceira divisão dos homens em —*homines sui juris, vel alieni juris*. Entre os homens *alieni juris*, designão particularmente os *filii familias*, e chegão assim á theoria do *status familiæ*. Este *status* repousa sobre a agnação, e esta sobre o patrio podêr. Á esta relação de familia, o—*patria potestas*—, ligão então a theoria do casamento. A tutela. e a curatela, fórmão um appendice da theoria do patrio podêr. Marez. Dir. Rom. pag. 220.

(240) Tanto os que seguirão o systema do Cod. Civ. Franc.. como todos os outros. Só vemos no Cod. Ger. da Prussia os direitos de familia tratados distinctamente na 2ª parte até o Tit 4° inclusive, seguindo-se nos outos Titulos os direitos e devêres dos amos e criados, e muitas materias alheias do Direito Civil propriamente dito. A 1ª parte desse Cod. trata em 23 Titulos das idéas geraes das pessôas e das cousas, e das materias especiaes, exceptuados os direitos de familia. Savigny Vol. 1° pag. 356 dá o motivo de têr tratado o Cod. Prus. no direito das pessôas, e não entre os contractos, dos direitos dos criados de servir.

envolve a theoria geral das pessoas com os direitos pessoaes nas relações de familia (241).

Tem-se confundido a parte geral ou elementar do Direito Civil com a parte especial. Os direitos existem por causa das *pessoas*, e onde não ha pessôas não póde haver questão de direitos (242). Deve-se tratar primeiro, e separadamente, dos dois elementos dos direitos—*pessoas* e *cousas*—, já que a sua existencia deve ser supposta para todos os direitos. Esta é a ordem das idéas, e, se ella se-desconhece, envolvendo-se em parte o direito effectivo com o direito possivel, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas.

Os Escriptores allemães, adoptando a expressão—*direitos pessoaes*—para designar os direitos nas relações de familia, não a-applicando nunca aos direitos pessoaes nas relações civis *(obligationes)*, dos quaes tratão em uma subdivisão como parte dos direitos que chamão—*patrimoniaes*—; não deixão todavia de conhecer, que o systema romano, e o methodo usual dos Codigos, não devem ser adoptados. Elles tratão primeiro das pessoas em geral em uma Parte Preliminar, e della destacão

(241) A divisão geral—*direitos pessoaes*—, abrangendo os direitos de familia, foi o que nos-mereceu attenção; mas póde sêr, e é bem provavel, que tome-se a expressão—*direitos pessoaes*—no sentido que já distinguimos. Não parece, como suppuzemos, que a denominação secundaria—*direitos pessoaes propriamente ditos*—comprehenda os direitos de familia; porquanto com essa denominação só se-inscreve o Cap. 1°, tratando o Cap. 2° do casamento separadamente.

(242) *Nam parum est, jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur*—Inst. *de jur. person.*

os direitos de familia, objecto de um livro distincto, da Parte Especial (243).

Que a denominação—*direitos pessoaes*—é applicavel aos direitos de familia, não é pois duvidoso. Que ella tambem é applicavel ao que na linguagem technica da Legislação Romana chama-se—*obrigações*,—vemos nós claramente, e sem medo de errar. Se a essencia das obrigações está em adstringir o ente passivo dos direitos, esses direitos são pessoaes. Se os direitos nas relações de familia são pessoaes, é precisamente porque ligão do mesmo modo, porém com mais intensidade, o ente passivo dos direitos (244). A differença entre uns, e outros, só consiste no gráo de intensidade, na maior ou menor efficacia do vinculo.

Não se-póde dizer, que os direitos de familia são *pessoaes*, porque só tem por objecto um certo numero de acções, ou prestações, que deve executar a pessoa sujeita. Não se-póde

(243) « Nós limitamos o *direito das pessoas* (Marez. Dir. Rom. pag. 221) á simples theoria do *status*, e assignamos um logar particular no systema, sob o nome de—*direito de familia*,—para as relações de familia propriamente ditas, etc. »—« O direito de familia (Meckeld. Dir. Rom. Liv. 3° pag. 252), tomado no sentido que lhe-damos, não deve sêr confundido com o *jus personarum* no sentido do Direito Romano, de que elle não fórma senão um dos elementos. » Veja-se tambem Maynz Dir. Rom. pag. 197.

(244) Attenda-se ao que Marez. (Dir. Rom. pag. 150) não poude deixar de reconhecêr, fallando desses direitos pessoaes que não são os de familia: « São tambem chamados—*direitos pessoaes*,—porque são os unicos direitos, á que corresponde sempre, e essencialmente, a obrigação de uma pessoa determinada. »

dizer tambem, que não se referem á um objecto qualquer, para o qual nossa vontade se-dirige. Estas razões não satisfazem.

Em primeiro logar, ha muitos direitos nas relações de familia, que dizem respeito aos bens (245).

Em segundo logar, fóra das relações de familia, ha alguns direitos, que tem igualmente por objecto acções, e prestações. Estas prestações só distinguem-se das outras, além da menor força do vinculo, em que todas tem um valor pecuniario, que faz parte do nosso patrimonio (246).

Isto mesmo tem reconhecido os Escriptores allemães, emprehendendo desligar dos direitos de familia aquelles, que dizem respeito aos bens (247). Savigny distingue o *direito de*

(245) É o que tambem reconhece o Escriptôr ha pouco citado—Marez. Dir. Rom. pag. 150.— « Em verdade estes diversos direitos entrão á certos respeitos um no outro, e estão em uma dependencia mutua ; por exemplo, os *jura potestatis* podem tambem conduzir indirectamente á direitos sobre os bens, e por consequencia sêr tratados debaixo desta relação, como estes ultimos. »

(246) No mandato, na locação de serviços, e nas obrigações em geral de fazêr, ou não fazêr, se as prestações são cumpridas, ellas tendem á augmentar nosso patrimonio. Se não são cumpridas, acontece o mesmo ; porque todas as obrigações de fazêr *(obligationes faciendi)* resolvem-se na indemnisação de pêrdas e interesses—Poth. Obrig. n. 146. Ninguem póde sêr constrangido á fazêr, ou á não fazêr, alguma cousa ; e se isso fosse possivel, seria uma violencia, que não póde sêr modo de execução de contractos.

(247) « Tem havido a tentativa (Marez. Dir. Rom. pag. 221) de separar a parte dos direitos de familia, que influem sobre os bens, da outra parte desses direitos, e pará fazêr della um appendice do direito dos bens ; porém esta separação conduz facilmente, e quasi necessariamente, á repetições superfluas ; fôra além disto um desarranjo tal na harmonia do systema, que romperia o encadeamento das idéas de uma maneira mui prejudicial para os que começão o estudo do Direito. »

familia puro do *direito de familia applicado* (248). E não sendo possivel, sem grande inconveniente, levar á effeito a separação, elles tratão de todos os direitos da familia depois dos direitos reaes, e dos direitos pessoaes (249).

O proprio Savigny, primeira autoridade n'estas materias, não deixa de justificar o methodo, que havemos adoptado. Quanto á posição da pessoa investida de um direito para com as outras pessoas, observa que, ora seu direito liga todas as pessoas estranhas, ora não liga senão individuos determinados. Sob este ponto de vista pareceu-lhe, que as instituições do direito deverião ser assim classificadas (250):

1.° Para com todos os homens,—os direitos reaes, e o direito de successão :

(248) Trat. do Dir Rom. Tom. 1° pag. 377, e 378.

(249) « Não é impossivel (Savigny Obr. cit. pag. 378) separar o direito de familia applicado do direito de familia puro, e fazêr delle uma subdivisão do direito dos bens ; mas a realidade viva das relações de familia apparecerá melhor, se, depois de têr estudado a familia, passarmos immediatamente ás influencias, que ella exerce sobre os bens, e então vem á sêr necessario collocar o direito de familia depois do direito dos bens. »

(250) Obr. cit. Vol. 1° pag. 376.

2.ª Para com os individuos determinados,—as relações de familia, e as obrigações.

Eis confirmada a nossa divisão em *direitos reaes* e *direitos pessoaes*, pois que na primeira categoria entrá o direito de succèssão, e na segunda entrão os direitos pessoaes nas relações de familia, e os outros direitos pessoaes. As relações de familia, do mesmo modo que as obrigações, dão-se de individuos para individuos determinados (251).

Mas o sabio Escriptôr não attribue á esta classificação a verdadeira importancia e supremacia, que lhe-competem; antes considera a relação de direito, no aspecto em que a encaramos, como uma relação secundaria (252). Repugna-lhe envolvêr os direitos de familia com as obrigações, cuja analogia, diz elle, é accidental e exterior, mas não uma affinidade real.

Muitas differenças por certo a analyse descobre entre as relações de familia, e as outras relações de individuo para individuo, quando se-estudão em sua essencia, e em todo o seu

(251) Em outro logar (Vol. 1º pag. 345) diz elle: « Pelo que precede vê se, que cada relação de familia é uma relação natural-moral, e *inteiramente individual, pois que existe de individuo á individuo;* mas, encarada como relação de direito, é uma relação de uma pessôa para com todos os outros homens, porque é de sua essencia sêr conhecida geralmente.» —Esta distincção é toda de Direito Romano. Deriva das chamadas acções prejudiciaes—*prejudicia*,—de que fallaremos depois, e liga-se á confusão já censurada dos *direitos absolutos* com os *direitos reaes*. Os direitos de personalidade não entrão no Direito Civil.

(252) Vol. 1º pag. 375 e 376, e pag. 332.

organismo (253); mas, quanto á manifestações exteriores, con-

(253) Dissemos, que, já considerados em outro aspecto os direitos pessôaes nas relações de familia, não desconheciamos a differença entre elles, e os mais direitos pessoaes. Esse outro aspecto é o da *intensidade*, ou do gráo de energia, com que o direito obra; e d'ahi provém a capital differença, pois que os podêres de familia como que tem por objecto a propria pessoa em si mesma, e não nos actos. Com effeito, quando os podêres de familia obrão em todo o seu rigor, como no Direito Romano, a personalidade de quem está submettido desapparece quasi inteiramente. D'ahi vem a differença entre pessôas *sui juris*, e—*alieni juris—personæ alieno juri subjectæ*, que passou para o nosso Direito—Arts. 10, 201, e 202, Consolid. Estas idéas do *patrio podêr* estão hoje abandonadas. O limite da minoridade deve sêr tambem o da emancipação. Savigny estabelece todas estas differenças. 1. As relações de familia mostrão-nos o homem, não como existindo por si mesmo, mas como um ente defeituoso, tendo necessidade de completar-se no seio de seu organismo geral; 2. As obrigações tem por objecto um acto individual, as relações de familia tomão a pessoa inteira do individuo como membro do todo organico, que compõe a humanidade; 3.º A materia da obrigação é arbitraria de sua natureza, porque um acto qualquer do homem, póde dar logar á obrigação; porém a materia das relações de familia é dada pela natureza organica do homem, e traz o sello da necessidade; 4.º A obrigação de ordinario é temporaria, as relações de familia persistem sempre as mesmas; 5.º As familias contém o germe do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elementos constitutivos as familias, e não os individuos; 6.º A obrigação tem na realidade mais analogia com a propriedade, porque os bens, que estas duas especies de relações abrangem, alargão o podêr do individuo além de seus limites naturaes; ao passo

sideradas genericamente, não é possivel contestar, que os direitos de umas, e outras, funccionão com o mesmo caractor. Não fazemos questão de outras analogias, e differenças; ellas podem variar segundo a idéa, que as-suscita. Sustentamos somente, que a mais importante das differenças é a que determina a grande divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes*.

Este systema, que não quer subordinar a uma idéa superior de genero os direitos de familia, e os outros direitos pessoaes, classificando aquelles em uma divisão isolada, resente-se em demasia das noções do Direito Romano sobre os *jura potestatis*; noções, que em seu primitivo rigor mostrão-nos um poder absoluto, um poder que não é direito, e que nada tem de applicavel á familia da civilisação moderna.

A' differença, que existe, e se-queira actualmente achar, e que nós até certo ponto não desconhecemos, pensamos ter attendido, uma vez que, divididos os direitos em *reaes* e *pessoaes*, os direitos de familia apparecem como especie na subdivisão dos *pessoaes*.

São de caracter tão oppôsto os *direitos pessoaes nas relações civis (obligationes)*, e os *direitos reaes* que, na applicação do principio classificadôr, os Escriptôres allemães deixão de ser consequentes. Todos elles collocão, como ja notamos, os direitos de familia em uma só divisão principal, não obstante conhecerem que, além do direito de familia puro, ha o direito de familia applicado, que entra na divisão dos direitos patrimoniaes (254). Alguns tratão dos direitos reaes, e das obriga-

---

que as relações de familia servem para completar o individuo, etc.

(254) Tal é o systema de Savigny, Hugo, Heisee, Mackeldey, Marezoll, Maynz. O methodo mais natural, em nosso entendêr, será sempre o mais propicio ao ensino; só elle

-ções, tambem em duas divisões principaes, e com so não fossem especies de um genero (255).

Não, nós dividimos os direitos na *extensão* em *reaes*, e *pessoaes*; e subdividimos êstes, fazendo apparecer os direitos de familia como especie de um genero subalterno. Elles vem á carecer de tres classes principaes, e estas, só pela simples razão do numero, não se-prestão á verificação logica da formula negativa.

E como admittir, que seja mais importante a differença dos direitos derivada da idéa de *patrimonio*, idéa que falha em sua applicação; do que a differença, que considera os direitos pelo seu modo objectivo, e virtude funccional? A idéa de *patrimonio*, despojada do seu caracter de universalidade, da sua uni-

---

deve sêr adoptado. Os escriptores allemães dão conta do methodo, que achão mais natural; e logo depois o-abandonão, não o-applicão. Veja-se o que diz Savigny Vol. 1° Dir. Rom. pag. 378—« Resta saber, se é possivel, se é bom, estudar na mesma ordem as instituições do direito; em outros termos, se a ordem natural, em que nosso espirito concebe estas instituições, é tambem a melhor classificação para um Tratado. Eleva-se aqui uma objecção capital, etc. »—Occorre tambem, que o methodo da legislação póde fugir da filiação das idéas. Não presuppõe taboa raza de conhecimentos, para que irremissivelmente deva sempre procedêr do mesmo modo. Apezar disto, não convém admittir, que se altere no ensino a ordem de qualquer legislação codificada.

(255) Dizemos alguns, porque Marezoll, por exemplo, expõe em um só livro a theoria do direito concernente aos bens, dividindo esse livro em duas secções; uma para o direito das cousas, ou theoria dos direitos reaes; e outra para o direito das obrigações, ou theoria dos direitos de credito.

dade representativa da unidade da pessoa, decomposta em summa com effeitos naturaes, perde inquestionavelmente seu valôr juridico (256).

Alguns Codigos, em accôrdo com a opinião mais seguida, que rectificou o methodo effectivamente seguido nas Institutas, classificão, conforme tambem já notamos, as duas categorias de direitos, exceptuados os de familia, como sendo partes de um todo homogeneo, ao qual, do mesmo modo que no Direito Romano, chamárão *direito das cousas*; e então os direitos pessoaes nas relações civis tomão o nome de *direitos pessoaes sobre as cousas*, em opposição aos *direitos reaes* (257). E não será isto reconhecêr, que, além desses intitulados *direitos pessoaes sobre as cousas*, ha outros direitos pessoaes?

Que essa denominação—*direitos pessoaes sobre as cousas*—é summamente defeituosa, demonstra-se por mais de uma razão:

1.° Porque induz á percebor com inexactidão, que nas relações de familia não ha direitos pessoaes sobre as cousas:

2.° Porque altera a indole dos direitos pessoaes, em que não se-attende senão á pessoa como objecto do direito; e não

(256) Em sentido lato o *patrimonio* é o todo dos bens de uma pessôa, incluindo mesmo os *bens innatos*, que tambem se-chamão *pessoaes*. Este não é o sentido do Direito Civil, onde o patrimonio—*pecunia*—refere-se unicamente ao todo dos *direitos pessoaes e reaes*, que compõe a propriedade. Podêr-se-ha dizêr, que os *bens innatos* entrão igualmente no *patrimonio*, quanto á suas consequencias juridicas, em razão de se-transformarem em direitos de indemnisação de pêrdas e interesses.

(257) Vejão-se os Codigos d'Austria, e do Cantão de Berne.

immediatamente ao facto, que póde referir-se á uma cousa propriamente dita, ou á um serviço:

3.° Porque dá consistencia á má nomenclatura de *cousas corporeas* e *incorporeas*:

4.° Porque, ainda mesmo que se-referisse ás *cousas* em seu sentido proprio, e natural, ha muita differença entre a relação immediata, e proxima, das cousas nos *direitos reaes*, e a relação mediata, e remota, nos *direitos pessoaes*:

5.° Porque, uma vez admittido o largo sentido da palavra *cousas*, as prestações de factos nas relações de familia entrão na generalidade da classificação.

Passemos agora á outra innovação do nosso plano, que nos-incumbe tambem justificar, e que felizmente está protegida pela suprema autoridade do admiravel Escriptôr, que tantas vezes havemos invocado (258). No Livro 1° Secção 2ª, que trata dos *direitos pessoaes nas relações civis*, achar-se-ha o Tit. 3°, onde promiscuamente consolidamos as disposições sobre o *damno*, e sobre o *esbulho*, como materias analogas; isto é, como *factos illicitos*, de que nascem obrigações, e direitos pessoaes (259).

O esbulho é uma privação da posse, e ahi se-nos-apresenta a celebre questão da *natureza da posse*, e da sua qualificação como *jus in re* ou *jus ad rem*, isto é, como *direito real* ou *direito pessoal*. Esta questão famosa demanda uma solução peremptoria para todos aquelles, que, como nós, obedecêrem ao principio classificador dos direitos por seus *objectos*.

(258) Savigny Trat. da posse Traducç. Franc. por F. d'Audelange sobre a ult. Ediç. (1841).

(259) Do *damno* trata-se nos Arts. 798 á 810 Consolid. Do *esbulho* nos Arts 811 á 821 Consolid.

O Direito Romano estabelece, quanto á *posse*, como faz em relação á propriedade, o modo de adquiri-a e perde-a (260). Elle distingue a *posse* e a *detenção* (261), e não a-considera sómente como *estado de facto*, que corresponde á propriedade como *estado de direito*; mas como condição de direitos particulares, e tal é o *jus possessionis*, (262).

Ninguem póde comprar sua propria cousa (263), ninguem póde furtal-a (264); e o mesmo acontece quanto aos contractos de locação, deposito, commodato, e precario (265). Exceptua-se entretanto esta regra, quando considera-se o nú-proprietario

(260) Se é necessario estabelecer o modo de adquirir e perdêr a *posse*, como condição das acções possessorias, nada tem isso de commum com a *posse*, que é consequencia e exercicio do direito de propriedade. Prevalece pois a critica, que já fizemos ao Dig. Port. de Corr. Tell. Adoptado o systema do Direito Francez, não ha necessidade de tratar da posse em relação ao dominio. Além de que, está demonstrado em Savigny Trat. da posse §§ 13 á 28 o erro da doutrina sobre os actos symbolicos de posse, ou posse ficta. A acquisição da posse consiste na *possibilidade physica* de obrar immediatamente sobre a cousa, e de desviar toda a acção estranha.

(261) A *detenção* fórma a base de toda a idéa de *posse*, e sua noção não é noção juridica. A *posse* existe quando a *detenção* (*corpus* ou *factum*) é acompanhada de uma certa vontade (*animus sibi habendi*).

(262) *Jus possessionis* não é o direito de possuir—*jus possidendi*, que pertence á theoria da propriedade.

(263) L. 21 Dig. de *usurpat.*

(264) *Rei nostræ* (sentença de Paulo L. 3° T. 31 n. 21) *furtum facere non possumus.*

(265) Cit. L. 21 Dig. *de usurpat.*, L. 4° § 3° *de precar.*, L. 15 *deposit.*

em relação á posse que pertence á outro. Concebe-se então a *emptio possessionis* (266), *conductio possessionis* (267), *precarium possessionis* (268); e por analogia *possessionis depositum, possessionis commodatum*. Tambem concebe-se o furto da propria cousa.

Além disso, tantas vantagens ou commodos se-tem attribuido á posse (269), tanto se-tem escripto, e tão vivo tem sido o debate; que ha sobre esta materia uma prevenção desfavoravel, como se ella envolvêsse uma difficuldade invencivel.

Alguns collocão a posse no direito das cousas ao lado do *jus in re* e do *jus ad rem*, como uma parte principal e separada. Outros tratão da posse na parte geral do systema, como se ella fosse mais geral do que qualquer outro direito E muitos reputão a posse como um *jus in re*, ou propriedade provisoria á par do dominio, e tendo os interdictos como meio provisorio de reivindicação (270). O Direito Canonico, com a amplitude, que se-lhe-deu, mais tem contribuido para confundir esta materia (271).

(266) L. 34 § 4° Dig. *de contrah. empt.*, L. 28 *de posses.*

(267) L. 28 Dig. *de posses.*, L. 35 § 1°, e L. 37 *de pign. act.*

(268) L. 6° § 4°, e L. 22 princ. *de precar.*

(269) São as *beatitudes* da posse. Tem-se feito um longo catalogo dessas vantagens, que, como attesta Savigny Obr. cit., já chegou ao numero de 72.

(270) Quasi todos os Codigos tratão da *posse* á par do dominio, como materia da mesma naturêza. Ora, sem duvida a *posse* é uma consequencia do dominio, mas em si é um *facto*, e não um *direito*. O ladrão, diz Boehm. *Doctr. de action.* Secç. 2. Cap. 4° § 1° tem a posse; e se eu lhe attribuir o *jus in re*, certamente não poderei demandal-o.

(271) Vid. Art. 811 Not. Consolid.

A idéa da *posse*, como tendo no systema do direito um logar especial e distincto, nós a-restringimos aos interdictos possessorios somente; e estes interdictos, ou acções possessorias, nós reputamos como derivados de obrigações *ex delicto*, que pertencem á classe dos *direitos pessoaes* (272). Em substancia, como este trabalho requer, são estas as nossas razões.

A *posse* faz um papel muito interessante na scena das relações juridicas, e cumpre examinar suas differentes manifestações. Ellas reduzem-se ao seguinte:

1.° A *posse*, como modo de adquirir dominio na occupação das cousas sem senhor *occupatio rei nullius*—(273):

2.° A *posse*, como modo de adquirir dominio na tradição das cousas, quando feita pelo proprietario legitimo—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(274):

3.° A *posse civilis possessio*—(275), como um dos elementos da prescripção adquisitiva (*usucapio*) na tradição feita por quem não é proprietario legitimo—*traditio a non domino*—e constituindo a *propriedade putativa*, que é protegida pela acção publiciana (276):

(272) Vid. *ibidem* Consolid.

(273) Arts. 885 á 889 Consolid.

(274) Arts. 906, 908, e Nots., e 909, Consolid.

(275) *Posse civil* em Direito Romano é aquella, que conduz á prescripção adquistiva, protegida pela *acção publiciana*. Oppõe-se á posse natural, *naturalis possessio*, que não se tem convertido, como a *civil*, em uma relação de direito. Essa *civilis possessio* não é a *posse civil* dos herdeiros, *posse ficta* do nosso Direito, e do Direito Francez, que não é instituição do Direito Romano, pelo qual exigia-se o acto da *adição da herança*—Arts. 978 á 981, 1025, 1026, e 1231 § 1° Not. Consolid.

(276) Arts. 811 n. 5, e 1319, Consolid.

4.° A *posse*, separada do dominio, e protegida pelos *interdictos ou acções possessorias* (277).

Nas tres primeiras manifestações a *posse* entra indubitavelmente na classe dos *direitos reaes*, pois que pertence á theoria do dominio; e quanto á esta posse é obvio, que não cabe questionar, se ella é, ou não, um direito, se constitue um *direito real*.

Quanto aos casos da—*occupatio*, e *traditio*—, a posse é começo, e consequencia, do dominio; mas não o motivo da acquisição do dominio. Ella principia (palavras de Savigny) no momento, em que o dominio adquire-se. A *posse* deve sêr legitima, não é legitima sem *justo titulo* (278); e o dominio presuppõe a coexistencia d'estes dois elementos (279).

Quanto ao caso da—*usucapio*—a *posse*, como productiva da prescripção adquisitiva, defendida pela acção publiciana, vale tanto como o proprio dominio; é um dominio nascente, e presumptivo, que o Direito considera como verdadeiro dominio (280).

Ora, se esta posse da prescripção só por si não produz seu effeito, se deve ser acompanhada de *justo titulo* e *boa fé* (281);

(277) Arts. 811 á 821 Consolid.

(278) Art. 907 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do verdadeiro dominio, emana do proprietario legitimo. Na *occupação o justo titulo* é a propria naturêza humana, razão de direitos.

(279) Art. 908 Consolid.

(280) Art. 908 Not. Consolid.

(281) Art. 1319 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do dominio presumido, que é a via da prescripção, não depende da legitimidade do dominio anteriôr. Na supposição de havêr essa legitimidade, o *justo titulo* vem á sêr todo

é certo, que não constitue direito; sendo apenas uma das condições do direito. Fôra tão absurdo perguntar neste caso, se a *posse* é um direito, como perguntar se o *justo titulo* é um direito, ou se o é a *boa fé*. Seria igual absurdo perguntar, em relação ao dominio verdadeiro, se o *titulo* sómente é um direito, ou sómente a *tradição*.

Temos, em ultima analyse, a *posse dos interdictos*, e sobre ella versa a questão; porque só n'este caso a *posse isolada*, ainda que injusta, toma o caracter de direito.

« A posse, diz o profundo Savigny (282), mostra-se primeiro como poder de facto sobre uma cousa, consequentemente como um não-direito (differente do delicto), alguma cousa emfim de completamente estranho ao direito. Entretanto ella é protegida contras certas violações, e para assegurar esta protecção tem-se estabelecido regras sobre a acquisição, e perda, da posse, como se ella constituisse um direito. Dar o motivo desta protecção, e desta assimilhação da posse á um direito, tal é a questão.

« Acha-se este motivo na intima connexão entre o facto da posse, e o possuidor. O respeito devido á pessoa deste reflecte indirectamente sobre o facto. Fica assim o facto ao abrigo dos actos de violencia, porque estes alcançarião ao mesmo tempo a pessoa.

« Não viola-se em tal caso um direito independente da pessoa; ha porém na posição da pessoa alguma cousa de mudado em seu prejuizo, e o mal, que lhe é causado pela violencia,

---

aquelle, que, nos termos da lei, seria apto para transferir o mesmo dominio—Art 1320 Consolid.

(282) Savigny Obr. cit. § 6.° Todas as nossas idéas sobre a posse são as mesmas deste Escriptôr.

não póde sêr inteiramente reparado senão pélo restabelecimento, ou protecção, deste estado de facto, que a violencia tem alterado. Tal é a verdadeira causa das acções possessorias.

Em verdade, examinada a naturêza dos interdictos possessorios, pelos quaes protege-se a posse, vê-se logo, que a violação desta não é uma violação material do direito, como se fosse uma propriedade presumptiva. O caracter commum de todos os interdictos possessorios é a condição de um acto, que já por sua fórma é iniquo. E como de outra maneira poder-se-hia comprehendêr, que a posse, independente mesmo da sua legalidade, viesse a sêr base de direitos?

Quando o proprietario reivindica o que é seu, indifferente será indagar, como o réo teve a posse. Ao contrario, quem tem a simples posse de uma cousa não tem por este facto algum direito á detenção; tem sómente o direito de exigir, que nenhuma violencia lhe-seja feita no *quod interest* relativamente á posse.

Ora, além de que todo o interdicto é pessoal de sua natureza (283), conclue-se da analyse do facto da posse, no ponto de vista, em que ella tem no systema um logar proprio, que os interdictos possessorios não são mais que acções derivadas de obrigações *ex delicto*. Eis o motivo, que levou-nos á tratar do esbulho juntamente com o damno, e na Secção 2ª do Livro 1°, que se inscreve—*dos direitos pessoaes nas relações civis*—.

Observe-se ainda como, por occasião desta materia, o sabio Savigny vem soccorrêr-nos na confirmação do methodo, que havemos adoptado:

---

(283) *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*—L. 1ª § 3° Dig. *de interdict*.

« Aquelles, que dividem o direito de uma maneira geral em *direitos reaes* e *direitos de obrigação*, são por isto mesmo forçados á separar a *posse* de todo o direito real, e aquelles; que rejeitão esta divisão, devem procurar no Direito um logar particular para todos os direitos de obrigação. Esse logar será precisamente o da posse (284). »

Estas idéas tem sido sem vantagem combatidas, e em vão objecta-se com o lato sentido da palavra *delicto*, dizendo-se, que não ha acção, que não nasça do *delicto*. Tinhamos já notado, que sem restringir-se a significação da palavra *delicto* não seria possivel traçar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Dreito Criminal. Fixemos agora esta noção :

1ª significação da palavra *delicto*—toda a violação de direitos :

2ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola :

3ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes:

4ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes com penas correccionaes. Esta ultima significação é alheia do nosso Direito e da theoria da Sciencia ; pertence toda ao Direito Francez (285).

---

(284) Obr. cit. § 6º pag. 29.—Alguns Jurisconsultos (diz o nosso Lobão Not. á Mell. Tom. 3º pag. 77) tem mettido a posse no numero dos direitos *reaes*, mas é por erro. Porque em materia de posse não ha totalmente questão de direito real *(de jure in re)*, mas do facto da posse *(de facto possessionis)*. Por conseguinte o direito, que d'ahi resulta, deriva da obrigação pessoal, e de differentes causas *(ex obligatione personæ, et variis causarum figuris)*.

(285) Cod. Pen. Franc. Art. 1.º

A primeira accepção é amplissima. Confrontada com as duas, que seguem em escala descendente, serve para no Direito Civil estremar as obrigações *ex delicto* de todas as outras obrigações dos contractos e quasi-contractos. As outras duas accepções separão o Direito Civil do Direito Criminal.

O Direito Civil trata sómente do delicto pelo lado da reparação do damno causado, ou o delicto seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se ha uma pena decretada pela lei penal, o delicto é de Direito Criminal.

Se em relação á natureza das acções possessorias, como acções derivadas de obrigações *ex delicto*, prova alguma cousa o largo sentido da palavra—*delicto*—, certamente prova de mais ; pois que tende á destruir uma differença essencial, qual a que distingue a classe particular das obrigações nascidas de *factos illicitos* da outra classe de obrigações derivadas dos *factos licitos*.

A violação de um direito (*delicto lato sensu*) é a causa immediata e proxima de todas as acções, mas a violação do direito com intenção perversa (*delicto stricto sensu*) não é a causa primeira de todas as acções.

Nas acções derivadas *ex contractu* temos a inexecução da obrigação, e nada mais. Nas acções oriundas *ex delicto* temos: 1º a inexecução da obrigação de reparar o damno occasionado por um delicto ; 2.º a violação de um direito preexistente, que esse commettido delicto presuppõe.

Antes da transgressão do contracto só existe o contracto, e antes deste não existe direito algum. Antes da inexecução da obrigação de reparar o damno existe o delicto, e antes do delicto existe outro direito violado. Basta reflectir nisto. Cumprido o contracto, não ha delicto algum. Cumprida a satisfacção do damno resultante do delicto, tem existido o delicto, que pro-

duzio essa obrigação. O delinquente póde reparar o damno causado, independentemente de sêr demandado pela acção civil (286).

Se se-objectasse tambem com a extensão, que por Direito Canonico tem-se dado aos interdictos possessorios, como acções, que podem ser intentadas contra todo o possuidôr; extensão, que só provém de um abuso de interpretação (287); demonstrou Savigny brilhantemente, que a theoria do Direito Romano em nada foi abrogada pelo Direito Canonico, cujos novos principios careceriāo até de sentido, quando não considerados um additamento á essa theoria, cuja excellencia dimana da natureza das cousas.

Em verdade, o Direito Romano não dava acção contra o terceiro possuidor, ainda mesmo que este houvesse recebido a cousa do autor da violencia, e com sciencia do esbulho (288). Mas Innocencio III, entendendo, que a alma desse terceiro corria tanto risco, como a do esbulhador, contra elle tambem permittio que se propuzesse a acção (289). Ha nisto, como

(286) Art. 799 Consolid.

(287) A interpretação cahio sobre o famoso Can. *Redintegranda sunt omnia expoliatis, etc.*, de que os praticos deduzirão as mais espantosas consequencias. « *Plura alia singularia (*Bohem. *Doctr. de Action.* Secç. 2ª Cap. 4º § 39*) ex hoc textu ineptissima sane interpretatione, deduxerunt, quæ in praxi mox applausum meruerunt, et ad nos quoque pervenerunt.*»

(288) *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam*—L. 3ª § 10 Dig. *uti possidet.*

(289) C. 18, X, *de restit spoliat.*

observa Savigny, uma extensão do interdicto *de vi*, porém de pouca importancia (290).

Dados estes esclarecimentos, resta-nos ainda demonstrar, que a divisão cardeal dos *direitos pessoaes* e *direitos reaes* é de valor verdadeiramente pratico, e que tambem a-reclamão imperiosamente as condições economicas da civilisação moderna.

IMPORTANCIA PRATICA

Incumbe ao legislador considerar os direitos em todas as suas phases, e por certo a que mais o-deve interessar é a da sua violação. O que seria o direito, se a sancção da lei não assegurasse seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou d'injustiça; mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade da violação do direito reclama uma série de instituições protectoras. Se a violação não fosse possivel, a lei seria inutil.

Tambem nunca o direito manifesta-se mais claramente do que quando, denegado, e aggredido, a acção apparece, e em virtude della a autoridade judiciaria o-reconhece, proclama, e coage á respeita-lo. Antes da violação do *direito pessoal* já existe um vinculo positivo, que na acção produz seu previsto effeito. O *direito real*, porém, como que dorme, para ostentar depois na offensa todo o podêr de seus effeitos (291). Pela

(290) O terceiro possuidôr, em tal caso, *scienter detinens*, póde sêr comparado com o *receptadôr*, ou complice do Art. 6º § 1º do nosso Cod. Pen.

(291) « Praça ao direito real! Abrem-se todas as fileiras para dar-lhe passagem, quando elle marcha com seu podêr absoluto, por sua propria e unica força, sem intermedio de

observação destes effeitos o legislador attento equilibra os variados interesses da vida social. Pela força destes effeitos o Jurisconsulto pratico mede nos direitos seu alcance possivel, e não acha nelles outro caracter mais importante. As *acções* são seus instrumentos de trabalho.

Entre tantos ensaios, qual a classificação de direitos mais sensivel na scena judiciaria, e que na Sciencia Pratica corresponde ás acções, de que se-póde fazer uso, comprehendendo-as todas? Não ha outra senão a dos *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*. Para os primeiros as *acções pessoaes*. Para os segundos as *acções reaes*.

Nas Institutas L. 4º Tit. 6º § 1º *de actionibus* observa-se, que a acção, que tem por objecto o—*jus in re*—, e que chamou-se—*actio in rem*—, foi claramente opposta á acção, que tem por objecto o reconhecimento de uma obrigação—*actio in personam*—; ahi se diz, que é esta a divisão principal de todas as acções (292). Forçoso é porém confessar, quando estuda-se o Direito Romano, que tal divisão de acções não foi scientificamente estabelecida em razão de alguma differença anteriormente observada nos direitos.

A expressão—*jus in re*—não foi empregada no Direito Romano para designar algum genero particular de direitos (293).

algum devedôr, para a cousa, sobre que directamente cahe.» —Demolombe Tom. 9º pag. 373. Eis como os estudos juridicos tornão-se amenos para um bom amadôr!

(292) *Omnium actionum... summa divisio in duo genera deducitur : aut in rem sunt, aut in personnam.— Actionum genera sunt duo : in rem, quæ dicitur vindicatio ; et in personam quæ condictio appellatur*—L. 25 Dig. *de obligat. et action.*

(293) « Particularmente (Mynz pag. 387 n. 3) este termo não serve nunca para designar a propriedade, não se o-encontra

O *Brachylogo* (294) foi a primeira Obra, onde essa expressão parece ter sido applicada para distinguir uma classe de direitos, em opposição á outra classe, que chamou-se—*jus in personam*—ou—*ad rem*—(295). A divisão das acções—*in rem* e *in personam*—só tem seu apoio na differença das formulas, por onde ellas se-enunciavão, e desta maneira a opposição entre as formulas correspondia á uma opposição entre os direitos reclamados.

Na—*actio in rem*—o direito, que fazia objecto do litigio, era enunciado—*quasi subjectio rei*—, e por conseguinte sem que se-nomeasse quem quer que fosse obrigado em razão do direito reclamado (296). Na—*actio in personam*—o direito reclamado era exprimido—*quasi officium personæ*—. Se a formula portanto era sómente o caracteristico da—*actio in rem*—, não bastando que se-pozesse em questão um *jus in re*, a differença das acções era illusoria, era simplesmente uma circumstancia exterior do processo formulario, e não a designação de uma qualidade inherente á natureza das acções.

senão em opposição ao *dominium.* »—Achão-se algumas vezes (Ortolan *Generalisat.* pag. 75 not. 3) as expressões *jus in re* ou *jus in rem*, mas applicadas indifferentemente para os direitos pessoaes, e para os direitos reaes.

(294) Compendio de Direito compôsto na Lombardia no anno 1100, cujo autôr é desconhecido—Mackeldey Introducç. § 80.

(295) Tambem attribuem-se estas denominações (*barbaras*. no dizêr de Ortolan) ao Direito Canonico, cujas passagens elle aponta pag. 75 nota 5. Veja-se tambem Mynz pag. 387 not. 2.

(296) *Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est*—, tal é o têxto das Instit. L. 4º T. 6º § 1º, definindo a—*in rem actio*—.

Na definição da *actio in rem*, segundo o antigo Direito Romano, parece, que não se-teve em vista senão a acção do dominio —*vindicatio*—(297). Só depois a acção do dominio estendeu-se aos direitos analogos, como a herança, servidões, direito de superficie. emphyteuse, e hypotheca. Os *interdictos posessorios* não entrárão na divisão (298), e tambem não entrárão as *acções prejudiciaes*—*præjudicia*. Quanto á estas se-diz, que assemelhão-se ás *acções in rem*, mas não se diz que pertenção á este genero de acções (299).

Ainda mais, em alguns fragmentos fallou-se de *acções pessoaes in rem scriptæ*, e d'ahi resultou considerar-se *acções pessoaes* algumas, que competem contra todo o possuidor (300); e

(297) Eis a definição de Ulpiano—*In rem actio est per quam rem nostram quoæ ab alio possidetur, petimus*—L. 25 Dig. *de obligat. et action.* Esta lei accrescenta—*et semper adversus eum est, qui rem possidet*—. A definição de Gaio não é tão restricta, abrange o usufructo, e a servidão.—*In rem actio est cum, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut, utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel altius tollendi, vel propiciendi*—Inst. Gai. Comment. 4° § 3.°

(298) Sobre a differenca entre a *acção*, e os *interdictos*, veja-se Savigny Trat. da poss. § 34.

(299) *Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur an aliquis liber—an libertus sit*, etc. Instit. L. 4° T. 6° § 13. Erão chamadas *in rem*, porque não se-dirigião contra individuos determinados, como as derivadas das obrigações.

(300) Taes são as acções—*quod metus causa* (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 447), *ad exibendum* (id. § 231), *aquæ pluv. arcend.* (id. § 217), *Calvisiana* ou *Fabiana* (id. § 139 not. 2).

acções reaes outras, que se-diz só competirem contra certos possuidores, e cujo fundamento não é só o *jus in re* (301). Além disto existem as acções, que se tem chamado—*mixtas*— (302).

Essas denominações de acções, que passarão para as legislações e jurisprudencia modernas, e principalmente a analogia da *actio in rem* com os *præjudicia*, tem occasionado a confusão dos *direitos reaes* com os *direitos absolutos*, tem alterado as noções fundamentaes, e dão o motivo de não ter prevalecido a classificação fundada na differença capital dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*.

Dissipem-se idéas tradicionaes, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, appliquem-se os principios precedentemente fixados; e ver-se-ha, abandonado como tem sido o processo formulario dos Romanos, que não ha outras acções possiveis, na esphera do Direito Civil propriamente dito, senão as *acções reaes* e as *acções pessoaes*, que precisamente

Veja-se o mesmo Corr. Tell. Obr. cit. § 5° not. 1, e Boehmer *Doctr. de Action*, Secç. 1ª Cap. 3° § 5°.

(301) Como a *Pauliana* ou *Revocatoria* (Corr. Tell, Obr. cit. § 106), por dizêr-se que só compete contra o complice da fraude, ou adquirente por titulo gratuito; e onde portanto é preciso enunciar estas duas circumstancias. Na *Publiciana* (id. § 74), sobre a qual dá-se a ficção de que o autôr tem adquirido dominio pela prescripção, e que não compete contra todo o possuidôr indistinctamente; mas contra aquelle, que não tem titulo algum, ou o tem mais fraco que o do autôr.

(302) Taes são as acções *familiæ erciscundæ, communi dividundo*, e *finium regundorum*. —*Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.* —Instit. L. 4° Tit. 6° § 20.

correspondem ás duas grandes categorias dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*. A *acção* nasce do direito, delle descende, e nelle se-confunde. Em uma palavra, a *acção* é o direito pôsto em movimento (303).

Os *interdictos*, que protegem a posse, são hoje as acções pessoaes possessorias, de que já faliámos. As *acções prejudiciaes* estão reduzidas á meras habilitações, allegações de legitimações de partes, *questões d'estado*, e quando muito á acções preliminares de outras acções (304). As *acções in*

---

(303) Martou *Privil. et Hypothec.* Tom. 1°, pag. 48. Ou, como diz Demolombe Tom. 9° pag. 201, é o direito no estado de acção, em vez de estar no estado de repouso; o direito no estado de guerra, em vez de estar no estado de paz.

(304) Mesmo pelo Direito Romano o *præjudicium* era uma acção, que não tinha por fim fazêr pronunciar uma *condemnatio*, mas fazêr verificar a existencia de uma relação—Savigny Dir. Rom. Tom. 1° pag. 346, e Tom. 5° pag. 20. «A *acção prejudicial* (Zimmern Trat. das Acç. traduzido do Allemão pag. 207) não tende, como a acção *in rem*, á verificação de um direito absoluto, ou de um facto produzindo um direito absoluto, como na acção hypothecaria; ella conduz á verificação de um *status* no sentido de *conditio personarum*, de um direito sobre uma pessôa; ou emfim um facto, que determina as relações subjectivas de uma pessôa.» «Não se-poderia tambem (diz o nosso Lobão not. á Mell. Tom. 3° pags. 77 e 78) mettêr no numero dos direitos reaes os direitos, que derivão do estado das pessôas, nem comprehendêr nas acções reaes as acções prejudiciaes; porque neste primeiro objecto do direito não se-trata de cousas, nem por consequencia de direito real; mas unicamente do estado, e da qualidade, das pessôas, e dos direitos que delle resultão.»

rem scriptæ, e as chamadas *acções mixtas*, são tão impossiveis, como impossivel fôra a existencia de *direitos mixtos*, isto é, que fossem á um tempo *reaes* e *pessoaes* (305).

Esta alliança ou mistura de *realidade* e *personalidade* não póde ser comprehendida, uma vez que os dois caracteres, que constituem de um lado o *direito real*, e do outro lado o *direito pessoal*, são entre si contrarios, e incompativeis. A situação possivel, e muito frequente, é só a da pessoa, que tem ao mesmo tempo, em relação á um objecto, um direito de *propriedade*, e tambem um direito de *credito*: e debaixo deste ponto de vista unicamente é que poder-se-ha dizer, que existem *acções mixtas* ou *pessoaes in rem scriptæ* (306).

---

(305) Demolombe Tom. 9° pag. 361 e seg.

(306) Pothier (*Introduct. génér. aux cout.* ns. 121 e 122) chamou *pessoaes-reaes* essas acções pessoaes *in rem scriptæ*. Chauveau (*Lois de la procéd.* Tom 1° pag. 280) censura com razão o legisladôr Francez por ter empregado a palavra *mixta* para qualificar uma acção. « Toda a cousa demandada, diz elle, sendo *movel*, ou *immovel*, não póde sêr uma, e outra, ao mesmo tempo; e foi inutil fallar de uma *qualidade hermaphrodita*, imposivel de realisar-se ». O Direito Francez generalisou a distincção de *moveis* e *immoveis* aos bens incorporeos, o que indica a seguinte formula — *Actio quæ tendit ad mobile, mobilis est*; *actio quæ tendit ad immobile, est immobilis* —. Tem-se autorisado esta extensão com o fragmento da L. 15 Dig. *de div. reg. jur.*, que diz — *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* Note-se porém, que o Direito Romano só applicou aos objectos corporeos a distincção de *moveis* e *immoveis*. Além disto entendeu-se, que as qualificações de *acções moveis* e *acções immoveis* erão equivalentes ás das *acções pessoaes* e *acções reaes*; o que é contestado

Meditadas as differentes hypotheses dessas acções assim denominadas, chega-se á conhecer, que nellas se contém, não um só direito, ou uma só acção, cujo caracter seja duplo e complexo; mas na realidade dois direitos, e duas acções, que simultaneamente pertencem á mesma pessoa em relação á mesma cousa (307). O caracter principal, e essencial, do direito deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção. (308).

---

por muitos Jurisconsultos, que não querem sabêr do modo pelo qual o direito applica-se ás cousas propriamente ditas, como se estas fossem o objecto dos direitos pessoaes, e se mesmo mediatamente fossem sempre o seu objecto. Esses Jurisconsultos tem contra si a letra do Art. 526 do Cod. Civ. Franc., cuja redacção elles lamentão por só têr declarado *immoveis*, não todas as acções, que applicão-se ás cousas immoveis, porém sómente as acções que tendem á *reivindicar* algum immovel. Se esta redacção é erronea, o erro salvou-nos na transplantação, que, por causa do impostos da siza, fizemos para o nosso Direito das expressões do citado Art. 526 do Cod. Civ. Franc. Com esse erro ficou salva a theoria dos direitos *reaes* e *pessoaes!* Acertámos por acaso! Vid. Art. 47 Consolid.

(307) Nas acções, por exemplo, *finium regundorum* (de limites), *familiæ erciscxndæ*, e *communi dividundo*, para partilha de herança, ou massa indivisa, o autôr reclama sobre a cousa um *direito real*; e contra seus vizinhos, coherdeiros, ou coproprietarios, um *direito pessoal*, em virtude do qual elles são obrigados á demarcação dos limites e á partilha.

(308) Veja-se o que acontece na acção de reivindicação, onde de ordinario pedem-se fructos, e rendimentos, e indemnisação de deteriorações, sem que porisso perca seu caracter de *acção real*. Attenda-se tambem ao que chama-se *actio in factum*, subsidiaria da reivindicação, quando a cousa não póde sêr reivindicada — Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 102. Sobre esta acção diz Boehmer. Secç. 2ª Cap. 2º § 11 — *Quamvis personalis et ex obligatione immediate deducta sit, connexio tamen suadet, ut, quia loco reivindicationis intentatur, ejus hic mentio fiat* —. Vid. Art. 881 Not. Consolid.

RELAÇÕES ECONOMICAS

A civilisação moderna, que tanto se-distingue por seus progressos na carreira dos melhoramentos materiaes, alimenta-se com a livre circulação dos capitaes, reclama o movimento constante de toda a sorte de valôres. E quaes os phenomenos, que manifestão-se na realisação desse destino providencial?

As transacções distribuem os instrumentos da producção por todos os ramos de actividade, os capitaes aproximão-se á todas as necessidades, para que tenhão uma direcção mais fecunda; e o poderoso motôr dessa rotação contínua é o — *credito* —. Com seu impulso os capitaes fixos transformão-se em capitaes rolantes (309), e o commercio, e a industria, reproduzem quotidianamente suas fôrças.

Credito pessoal, credito real, são as duas potencias parellelas ás duas grandes classes de direitos, que constituem toda a riqueza nacional. O primeiro funda-se na confiança pessoal: por isso mesmo que prescinde de uma garantia exteriôr, funcciona ordinariamente com a *propriedade movel*, que segue a pessôa, e presta-se á uma circulação rapida. O segundo, visto que só refere-se á objectos corporeos, sem lhe-importar a qualidade da pessoa, tem por objecto a *propriedade immovel*,

---

(309) J. Garnier *Elém. de l'Econom. Polit.* pag. 166. Elle adopta a definição proposta por Cieszkowski no seu notavel Livro — *Du crédit et de la circulation.*

a grande propriedade, a propriedade por excellencia, cuja natureza intrinseca só lhe-póde fornecêr condições apropriadas. (310)

Com o primeiro o commercio e a industria florescem em quasi todos os paizes. Sem o segundo a agricultura definha, e luta com os embaraços mais graves. Nosso paiz é agricola, e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilisação do seu solo (311), a circulação dos immensos valores, que elle encerra; eis o mais importante problema á resolver.

O *credito pessoal,—credito movel—*, não tem objecto intermediario, é de pessoa á pessoa, nada teme dos *direitos reaes*, posto que lhe-possão ser bem funestos; e particularmente reclama uma legislação convinhavel, que facilite, e assegure, a

(310) Em relação ao *credito real*, que se tem chamado *credito territorial*, *credito agricola*, *credito rural*, por opposição ao *credito commercial* e *industrial*, é que se-applica a maxima—*plus est cautionis in re, quam in persona*—. Este velho adagio (diz Wolowski—*Révue de Législat.* Ann. de 1852 Tom. 1º pag. 63) não tem cessado de subsistir quanto á linha de demarcação que estabelece, se bem que por singular desvio a *caução* mais consideravel é hoje preferida á que parece menos segura; obtendo assim o *empenho pessoal* condições menos onerosas, que o *empenho territorial*. Os Francezes, do mesmo modo que em relação aos *direitos pessoaes* e *direitos reaes*, dividirão as acções *pessoaes* e as *reaes* (ao que resistem alguns Escriptôres, como já se-disse) em *moveis* e *immoveis*, tem suas instituições bancarias de—*crédit mobilier*—, e—*crédit immobilier* ou *foncier*—. Estas denominações se-vão vulgarisando.

(311) O que se-tem chamado—*mobilisação do solo*—não quer dizer—*retalhamento*—. « Muitas vezes se-tem confundido

prompta execução dos contractos (312). O *credito real,—credito immovel—*, repousando sobre a propriedade territorial—*solum et res soli*—, que é a verdadeira séde dos *direitos reaes*, tudo delles receia, e carece de que essa propriedade seja constituida e regulada pelo modo mais conducente á não comprimi-lo, senão tambem á desenvolvê-lo, e á facilita-lo (313).

E' assim, que a theoria dos *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*, tambem apparece na scena economica. E' assim, que

(Wolowski *Revue de Législ.* no logar já citado) a circulação commoda de titulos, cuja solidez participa da do solo, com uma monstruosa emissão de papel-moeda; novos alchimistas acreditavão têr descoberto uma especie de pedra philosophal, erigindo em numerario *pedaços de terra*, arrancados á sua immobilidade para preenchêr o officio de agentes da circulação.—« *Mobilisar o solo*, na accepção commum que liga-se á esta palavra (Wolowski *ibid*. Ann. de 1839 Tom. 10 pag. 244) é tentar uma vã e perigosa utopia, é querêr engendrar um movimento esteril de rotação, e não um movimento fecundo de producção—» *Mobilisar o credito do solo* é obrar nos limites do possivel, e do justo, é dotar de um recurso immenso os intelligentes esforços do trabalho agricola. »

(312) Tal é a razão d' existencia desses Codigos especiaes, separados dos Codigos Civis, que contém o Direito Commercial; isto é, excepções, favores, e liberdades, em prol do commercio.

(313) « Na linguagem da economia politica e dos negocios (Relatorio de Vatismenil impresso na Rev. de Volowski Ann. de 1850 Tom. 3º pag. 92) distinguem-se duas especies de creditos—o credito commercial, e industrial, e o credito territorial. A legislação commercial, quanto é possivel, tem provido á segurança do primeiro. A' legislação hypothecaria pertence protegêr o segundo.

ella corresponde á theoria do credito. E' assim, que o Direito Civil (314) liga-se á Sciencia das riquezas. E pelo meditado estudo destas combinações é que o paiz tem á esperar grande beneficio do Codigo Civil, que a sua *magna Carta* lhe ha promettido (315).

As relações humanas, que na esphera da Sciencia Juridica são consideradas factos, á que cabe applicar uma regra de direito, mostrão-se na esphera da Sciencia Economica como vehiculos de producção, distribuição, e consumo, de riquezas; —como *trocas* de objectos da natureza physica, sem as quaes não póde o homem satisfazêr suas necessidades, nem desenvolvêr as aspirações do seu genio.

Nos rudimentos do commercio essas transacções começão por *trocas do superfluo*, passão á ser depois, pela divisão do trabalho, que as-multiplica, *trocas directas* de productos; convertem-se progressivamente, com a introducção da *moeda*, em *trocas indirectas*; e recebem finalmente um novo e soberano impulso com o desenvolvimento da noção do *credito*, isto é, com a expansão da confiança nas *pessoas*, e nas *cousas*, elementos de todas as relações. (316).

Se o *credito pessoal* presuppõe o vinculo individual das obrigações, o *credito real* não se-concebe sem *direitos reaes*, que affectão immediatamente a propriedade immovel. Quanto á esta ultima classe de direitos nós já vimos, que á duas

---

(314) Tomamos aqui o Direito Civil na accepção, em que tambem comprehende o Direito Commercial, formando um só corpo.

(315) Const. do Imp. Art. 179 § 18.

(316) Veja-se Coquelin *Du crédit et des Banques*—Caps. 2°, 3°, e 4°; Pecqueur *Des améliorations matérielles* Cap. 18 sobre o credito.

manifestações se-devo attendêr; uma necessaria, que é a do *dominio—jus in re propria—*; outra contingente, que é a dos mais *direitos reaes—jura in re aliena—*. Agora, quanto ao *credito real*, attenda-se tambem, em primeiro logar ao *dominio*, em segundo logar aos outros *direitos reaes*, e sobretudo ao da *hypotheca*. Eis a mais alta theoria do *credito privado* (317).

Desta maneira partimos *a priori* da noção dos *direitos reaes*, e achamos a do *credito real* em sua maior generalidade; e com a possibilidade de todo o seu desenvolvimento, desde a infancia das sociedades, até o gráo mais aperfeiçoado.

Não é porém assim, que os Economistas a-considerão. Elles temão o *credito real* como synonimo de *confiança* em relação aos emprestimos caucionados por hypothecas (318),

---

(317) Diz-se—*credito privado*—, para distinguir o das transacções dos particulares e o *credito publico* dos Estados. Esta ultima expressão tambem applica-se menos rigorosamente ás grandes instituições de credito conhecidas pelo nome de—*bancos*—.

(318) Alguns negão até, que hajão duas especies de *credito*. Wolowski as-reconhece, como tendo um typo distincto, e pedindo uma organisação especial; não fazendo distincção entre *credito territorial* (*crédit foncier*), e *credito real* (*crédit reel*); mas o-considera no ponto de vista do emprestimo hypotecario. « Quando empresta-se dinheiro sobre hypotheca (diz elle *Révue de Législ.* Tom 10 pag. 248) empresta-se á cousa, e não á pessôa; toma-se o immovel isolodamente, e se o individualisa; o proprietario em tal caso é a sua imagem viva. O que se-procura é o vinculo, que autorisa esta especie de representação; e independentemente dos recusos, ou encargos pessoaes do individuo, dá-se balanço á cousa. »—« Sem duvida *credito*

e limitão ainda mais o sentido da expressão, applicando-a particularmente à creação de estabelecimentos bancarios des-

quer dizêr *confiança* (diz elle em outro logar *Revue de Lègislat.* Tom 43 pag. 63), repousa sempre sobre o abandono temporario dos instrumentos do trabalho representado pelo capital emprestado. Mas as condições varião forçosamente, quando repousão sobre uma simples promessa, ou se fundão sobre um penhôr material. A duração do emprestimo, a certeza do reembolso, os meios de execução, tudo depende da natureza da garantia. » Este Escriptôr, como se-acaba de vêr, só applica o *credito real* aos emprestimos hypothecarios, e por conseginte só aos immoveis, que são os bens susceptiveis de hypotheca; mas Ciesrkovoski (*Du crédit et de la criculation* 2ª Ediç. Cap. 1º liga ao *credito real* a idéa de um *penhôr determinado*, ou seja de objecto immovel, ou movel; e desse *credito real* vem á sêr uma especie o *credito territorial.* O *credito pessoal* em tal caso vem á sêr a idéa opposta, isto é, o credito garantido indeterminadamente pela obrigação do devedôr, sem algum penhôr de moveis, nem hypotheca de immoveis. De resto, estes dois eminentes Escriptôres, e os Economistas em geral, tem seu ponto de vista sobremaneira exclusivo, não vendo mais nada senão a producção de riquezas. Neste sentido distinguem a *circulação productiva ou activa* da *circulação consumidora ou passiva,* e tem esta como perniciosa, visto que aniquila capitaes. O consumo, dizem elles, não tem verdadeiro direito em economia politica senão sobre os productos e rendas, mas nunca sobre os capitaes. Desta maneira, o *credito territorial,* em vez de multiplicar as desapropriações e mutações, impede-as. « Chama-se *credito territorial* (diz entretanto Pecqueur Obr. cit. pag. 276), a maior ou menor possibilidade, e facilidade, que tem o proprietario, de achar dinheiro á juro modico, sobre penhôr, *ou por venda,* de sua propriedade immovel. »

tinados á facilitar taes emprestimos (319). Desta outra maneira, e partindo *a posteriori* dos emprestimos hypothecarios, chega-se ás mesmas idéas, e as consequencias são as mesmas.

Dada a noção da *hypotheca convencional,* como base do *credito real,* e para que a *confiança* do credor não seja illusoria, isto é, para que elle tenha a certeza de ser pago pelo immovel hypothecado, duas condições são necessarias:

1.º Que esse immovel pertença ao devedor, e seja disponivel em suas mãos:

2.º Que o valor desse immovel, vencido o prazo do pagamento, não seja distrahido, diminuido, ou alterado, por motivo de encargos, que, desconhecidos ao tempo do contracto, não tivessem podido entrar nos calculos do credor (320).

(319) Vatismenil no seu Relatorio já citado dissipou esta inexactidão, explicando o que se-devia entendêr pôr—*organisação do credito territorial*—. O mutuante póde sêr uma pessôa particular, ou um estabelecimento bancario; em uma e outra destas hypotheses, a segurança, que deve dar o regimen hypothecario, será a mesma. Cuidemos antes de tudo (disse elle), do melhoramento das leis hypothecarias; depois tratemos das leis propriás á favorecêr a creação de instituições de credito hypothecario. » Com estas palavras aplacou, em nossa Sessão legislativa de 1856, o habilissimo Ministro da Justiça, á quem o Paiz tanto deve, o ardôr daquelles, que, sem terem ainda legislação hypothecaria, tanto desejavão as instituições de credito territorial. Nós porém diremos,—*façamos um bom Codigo Civil, e sem nenhum embaraço elle dar-nos-ha uma boa legislação hypothecaria*—.

(320) Vid. Exposição de motivos do Projecto de lei relativo á acquisição, conservação, e publicidade, dos *direitos reaes* sobre immoveis, apresentado ao Conselho Representativo de Genebra em 21 de Dezembro de 1827. Essa Exposição

Ora, para que seja satisfeita a primeira condição, a idéa da *hypotheca* mostra-se logo como essencialmente ligada á do *dominio* e sua transmissão. E para que se-preencha a segunda condição, a *hypotheca* nos-conduz tambem á consideração dos direitos reaes de igual natureza, e de todos os outros direitos reaes. Eis porque, diz muito bem Troplong (321), repetem todos os Escriptores francezes (322), não se póde concebêr um

---

achar-se-ha na *Themis* Tom. 9°, e o Projecto em Odier—*Systèmes Hypothécaires*—. São estas as mesmas idéas de Wolowski Tom. 10 da sua Revista pag. 248. « Para que o mutuante sobre hypotheca fique ao abrigo de todo o engano, é de mister, que conheça:—1.° A natureza do vinculo, que une o devedôr com a cousa, sobre que elle confere direitos: 2.° Tudo que pode diminuir o valôr do immovel: 3.° O montante das obrigações, de que já está gravado o mesmo immovel. »

(321) *Privileg. et Hypothec.* Pref.

(322) As criticas contra o systema hypothecario do Cod. Civ. partirão de todos os lados, e o principal vicio arguido pelos Juriscosultos e Economistas foi o da falta de um balanço das propriedades, e das relações especiaes, que unem cada devedôr ao immovel por elle dado em hypotheca. Por uma Circular de 7 de Maio de 1851 o Ministro da Justiça Martin (do Norte) havia consultado á todos os Tribunaes Superiores, e ás Faculdades de Direito, sobre os meios de melhorar a legislação de hypothecas, e ahi se-disse: « O modo da transmissão da propriedade acha-se estreitamente ligado com o regimen hypothecario, não é possiel tratar de um sem tocar no outro. Cumpre escolhêr entre o systema do Cod. Civ., que attribue ao puro consentimento o podêr de transferir a propriedade, e os outros direitos reaes; e a lei de 11 *Brumaire* anno 7.° que exigia a transcripção dos contractos áfim de advertir á terceiros, e manifestar á todos o acontecimento,

bom systema hypothecario sem coordena-lo com o direito, que preside á transmissão da propriedade.

Este aspecto porém é acanhado, e não o que resulta do amplo estudo da materia. O *credito real* é necessario, e póde existir, independente de instituições bancarias, que aliás podem depois desenvolvê-lo prodigiosamente (323). O *credito real* seria necessario, e poderia existir, independente mesmo dos emprestimos hypothecarios, e ainda quando a propriedade immovel fosse apenas susceptivel de transmissões do dominio, sem alguma separação em qualquer sentido dos direitos elementares que o-constituem (324).

---

que faz passar de uma pessôa á outra a propriedade, e as suas desmembrações. » Os importantes documentos relativos á essa consulta forão colligidos e publicados em tres Volumes, onde vê-se, que o primeiro exame teve por objecto a *constituição do direito de propriedade em relação á terceiros*.

(323) « Sem creação de instituições novas (palavras do mencionado Relatorio de Vatismenil) o credito territorial faria progressos, só pelo motivo de ficarem os emprestimos hypothecarios isentos dos riscos, á que agora estão expostos; entretanto que sem melhoramento da legislação hypothecaria as novas instituições de credito, nem poder-se-hião fundar, nem subsistir, nem funccionar de maneira util. »

(324) Não fallamos no rigôr da Sciencia Economica, mas estamos convencidos da exactidão destas proposições, e somos abonados pela historia das instituições do Direito. Ainda hoje se-diz, e se-diz bem, que a hypotheca é principio de alienação—Art. 120 Not. Consolid. O fim da hypotheca é o pagamento, e o pagamento consegue-se pela venda do immovel hypothecado. A hypotheca foi o complemento de uma série de expedientes diversos, á que se-foi successivamente recorrendo para assegurar com mais efficacia os direi-

Ou se considere portanto o *credito real* em toda a generalidade da sua concepção, ou se o-encare particularmente em relação ao regimen hypothecario, não soffre duvida, que o facto mais importante, e ao mesmo tempo primario, vem á ser o da *transmissão* da propriedade immovel. Este facto deve precedêr aos outros, até pela razão da grandeza juridica do direito do dominio, que está para os outros direitos reaes, como o todo está para suas partes, como a unidade para as fracções.

Ha nestas mutações, desde a sua causa geradôra até seu complemento, duas relações distinctas, que não se-devem confundir. A primeira entre o proprietario e o adquirente. A segnda entre o proprietario e terceiros, ou antes entre o acto da transmissão da propriedade e a sociedade inteira. A primeira relação é a do *direito pessoal*, e de interesse privado; a segunda é a do *direito real*, e de interesse publico. O *direito pessoal* não ultrapassa os limites da obrigação, que o-constitue:

---

tos dos credôres. A primeira idéa foi a do *penhôr*, applicado aos immoveis—Art. 767 Consolid. Sendo equivoca, e muito incerta, a tradição quanto aos immoveis, adoptou-se o expediente do *pacto de retro*—Art. 551 Consolid. Os inconvenientes deste meio para o devedôr, que privava-se do seu immovel, supportando as despezas da transmissão, e vendo-o empeiorar em mão de um senhôr precario, suggerirão a idéa da *relocação* da propria cousa condicionalmente vendida. As complicações dessas vendas, retractos, e locações, tambem motivárão a *antichrese*—Art. 768 Consolid. E o ultimo expediente foi então o da *hypotheca*, que evitou a imperfeicão dos modos anteriôres, e preencheu o desejado fim sem translação alguma da propriedade, nem da posse, nem do usufructo do immovel.

o *direito real* obriga á todos, e póde ser allegado contra todos.

Pela natureza das cousas, por uma simples operação logica, por um sentimento espontaneo de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas á que liga-se a prosperidade geral, como se-queira dizer, decide-se de prompto, que o *direito real* deve-se manifestar por outros caracteres, por outros signaes, que não os do *direito pessoal*; e que esses signaes devem ser tão visiveis, tão publicos, quanto fôr possivel. Não se-concebe, que a sociedade esteja obrigada á respeitar um direito, que não tem conhecido.

Eis a razão philosophica do grande principio da *tradição*, que a sabedoria dos Romanos tem fixado, as legislações posteriores reconhecido, e que tambem passou para o nosso Direito Civil. Penetrou-se a natureza do acto da transmissão da propriedade, attendeu-se ás condições da vida social.

Analsyado o facto da *transmissão realisada*,—da acquisição da propriedade em virtude da transmissão feita por seu proprietario, ha uma linha á percorrer com seus dois pontos extremos. Á partir do extremo posterior acha-se a *posse* do novo proprietario, que é a propriedade em exercicio; antes della, a entrega physica da cousa (*tradição*), que fizera o antigo proprietario; e antes desta, a *causa* primordial da intenção commum de transferir, e adquirir, a propriedade. Á partir do extremo anterior acha-se o concurso de vontades do que transmitte, e do que adquire; depois delle, a entrega da cousa; e depois desta, a propriedade effectivamente adquirida.

O facto intencional, a simples manifestação da vontade, é o *titulo de adquirir* (325). O facto material, a tradição, a pos-

---

(325) Arts. 906 e 907 Consolid.

se, é o *modo de adquirir* (326). Aquelle produz o *direito pessoal* somente (327), este o *direito real* (328); e por tal maneira ficão estas duas classes de direitos bem discriminadas em sua propria nascença. Note-se porém, que, se o *direito pessoal* póde existir sem a *tradição* (329), e sem o *direito real*. que ella opéra; a *tradição* ao contrario só por si não confere o *direito real* (330), visto como sempre presuppõe (*causa præcedens*) o *direito pessoal* com a sua correlativa obrigação de transferir o dominio (331).

Sagundo as idéas da civilisação aperfeiçoada não diremos, que o facto da *tradição* no Direito Romano houvesse sido estabelecido por motivo do que actualmente chama-se *credito*. Mas não diremos igualmente, que esse facto, de que se-fez dependêr a transmissão do dominio, fosse enxertado na legis-

---

(326) Arts 908 e 909 Consolid.

(327) Art. 511 Consolid.

(328) Arts. 534 e 908 Consolid,

(329) Tratamos agora dos *direitos pessoaes* ,que dão causa á translação do dominio; e convem esta advertencia, porque ha *direitos pessoaes*, que não ficão engendrados, emquanto não ha *tradição*. Assim acontece nos *contractos reaes* do mutuo, commodato, deposito, e penhôr—Vid. Art. 511 Not. Consolid.—.Eis a razão de fallar-se em *tradição real ou symbolica* nos Arts. 274 e 281 do Cod. do Com.

(330) Tanto a *tradição* só por si não confere dominio, que assim acontece no commodato, deposito, e penhôr.

(331) *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa, præcesserit, propter quam traditio sequeretur*—L. 31 princ. Dig. *de adquir. rer. domin.*

ção como formalismo inutil, e até prejudicial, sem razão juridica d'existencia (332).

O que se-póde justamente arguir à *tradição* é quo, como signal indicadôr da translação do dominio de immoveis, ou meio de publicidade, longe está de sêr um expediente satisfactorio; e tanto mais porque o facto da posse tem sido separado da propriedade, e não demonstra sempre a consequencia e exercicio desta (333). Não se-póde porém, negar, que o fim da *tradição* foi realmente a necessidade de uma advertencia sobre as mutações da propriedade, e por conseguinte a

---

(332) Toullier Tom. 4° n. 57 considera a *tradição* como uma dessas manifestações exteriôres, de que ha vestigios em quasi todas as sociedades nascentes, onde a civilisação pouco adiantada não tem ainda aperfeiçoado as idéas de propriedade. « Era preciso, diz elle, impressionar os sentidos, e fixar a memoria por actos materiaes, nos tempos, em que a escriptura era desconhecida, ou de uso muito raro.» —Troplong, em seu Comment sobre a *venda* n. 40, abunda nesta mesmo supposição. « Em minha opinião (são as suas palavras) uma dessas restricções arbitrarias introduzidas pela escravidão das fórmas era a necessidade da *tradição* para completar entre as partes a translação da propriedade. » Em seu recente Comm. sobre a nova legislação hypothecaria n. 3 elle sustenta do mesmo modo, que a *tradição* não foi encarada pelos Romanos no ponto de vista do credito privado, e com o fim de servir de fundamento á confiança de terceiros; se bem que depois o credito soube aproveitar-se, até certo ponto, do systema anteriôrmente desenvolvido debaixo de outras influencias.

(333) *Nec possessio et proprietas misceri debent*—L. 52 princ. Dig. *de posses.*—*Nihil commune habet proprietas cum possessione*—L. 12 § 1° Dig. *ibidem*.

confiança de terceiros (334). A historia do Direito Romano, e de todas as legislações, sobejamente o-provão.

Todos sabem, que a *tradição* no Direito Romano substituio a *mancipação* (*mancipatio*) (335) e a *cessão juridica* (*in jure cessio*) (336), á proporção que foi desapparecendo a antiga differença entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, finalmente abolida por Justiniano (337). Esses dois actos, pelos quaes alienava-se ou transferia-se o dominio dos bens mais importantes, erão solemnissimos, da maior publicidade, e não exigião a presença da cousa, quando esta era immovel (338).

---

(334) Attendamos, entre outros Escriptôres, á Ricardo —*Traité des Donations*---Part 1ª Cap. 4º Secç. 2ª n.901, quando trata da posse da cousa doada. « A posse em tal caso, diz elle, é o sello e verificação da doação, além de que a *tradição de facto* teve igualmente por fundamento o bem publico, e a segurança do commercio, afim de que o conhecimento da posse dos dominios não ficasse incerto, etc. » —Troplong no seu já cit. Comment. á nova lei hypothecaria n. 12 entende, que Ricardo enganou-se, reconhecendo todavia que *a posteriori* a tradição redundou em proveito do bem publico, da boa fé, e da solidêz das transacções.

(335) Acto solemne de transmissão da propriedade perante cinco testemunhas, representando as cinco classes do povo.

(336) Consistia em um processo imaginario de reivindicação ante o pretôr, que declarava pertencêr a cousa ao reivindicante.

(337) L. un Cod. *de nud. jur. Quirit. tollendo*, e L. un. *de usucapione transformanda et de sublata differntia rerum mancipi, et nec mancipi*.

(338) *Immobiles etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt, mancipari possunt*---Ulpian. Fragm 19 § 6.º Qunto aos

E que prova mais evidente de que se-havia sentido necessidade, não de uma transmissão material de mão á mão, mas de um signal exteriôr, e publico, que revelasse á sociedade a mutação da propriedade? (339)

Todas as legislações, com variedade de formulas, tem ligado a translação do dominio de immoveis, e dos *direitos reaes*, á factos bem positivos, e conducentes á fazer notorios esses direitos, dando-lhes certa publicidade. O antigo Direito Germanico tinha muitas solemnidades sacramentaes, que imitavão a *mancipatio* das leis romanas (340). No regimen feudal encontra-se o *vest* e *devest*, *dessaisine* e *saisine*; e estas formalidades conservárão-se em muitos costumes de varios logares d' Allemanha, Belgica, e mesmo da França, que forão chamados paizes de *nantissement*, onde os immiveis só erão transferidos pelo que denominava-se—*obras da lei*—(341).

Desapparecendo as—*obras da lei*—com a abolição do feudalismo em França, onde a famosa Revolução de 1789 mos-

---

moveis a *apprehensão manual* (*manu capere*) era indispensavel.

(339) Veja-se o excellente artigo de Bonnier sobre a *transmissão da propriedade*—Rev. de Wolowski Tom 6º pag. 432.

(340) Troplong *Privil. e hypoth.* Pref.,—Comment. á Lei de 23 de Março de 1855 ns. 4 e 5,—Martou *Privil et hypoth.* n. 6.,—Odier *Systèmes Hypothecaires* § 2.º

(341) Chamava-se geralmente—*nantissement*,—na accepção particular de certos costumes, a formalidade da *inscripção*, ou *registro*, que assegurava a publicidade dos *direitos reaes*. Na accepção do Direito Commum Francez—*nantissement*---é termo generico, que comprehende o penhôr dos moveis e dos immoveis; isto é, o penhôr propriamente dito, e a antichrese. este termo generico não o-temos em nossa lingua.

trou-se implacavel com as antigas instituições em todas as suas fórmas e vestigios, uma regra fecunda de publicidade dos *direitos reaes* foi estabelecida na Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, que impedio os desastres da louca especulação das cedulas hypothecarias—*coupons*—, de que fôra causa a primeira Lei de 9 *Messidor* anno 3° (342).

Antes dessa legislação intermediaria a jurisprudencia franceza (com excepção das provincias mais impregnadas das idéas do Direito Germanico) havia geralmente adoptado como meio legal para o transporte da propriedade a *tradição* das leis romanas; mas este grande principio estava enfraquecido, e achava-se quasi neutralisado. A tendencia dos animos para a facilidade das transacções, o amôr da simplicidade, havião já introduzido varios modos de *tradição*, que se chamou symbolica (343), e ficta (344); resultando esta ultima até de uma simples enunciação de palavras—*constituto possessorio expresso*—(345), quando não era a consequencia necessaria das clausulas dos contractos de venda, doação, e outros semelhantes,—*constituto possessorio tacito*—(346).

Assim como a *tradição* havia substituido os actos solemnes e publicos da *mancipação*, e *cessão juridica*; a *tradição nominal* substituio a *tradição real* (347), e tornou illusoria a

(342) A integra dessas leis acha-se em Merlin *Répert. de Jurisprud.* vb.—*hypothéque*—Secç. 2ª § 1.°

(343) Quanto á moveis, vejão-se varios casos de *tradição symbolica* nos Arts. 199 e 200 do Cod. Com., á que referem-se os Arts. 271 e 281. Quanto á immoveis, a entrega das chaves da casa, e a de titulos ou instrumentos, tem-se considerado *tradição symbolica*—Lob. Nots. á Mell. Tom. 3° pags. 113 e 114,—Pothier *Contrat de Vente* n. 315. Demonstra entretanto Savigny no seu *Trat. da posse* § 14, que ha uma *tradição real* nesses casos, em que se-diz havêr *tradição symbolica.*

(344) A tradição ficta, como dizião os antigos *Jurisconsultos*, faz-se—*vel longa, vel brevi manu*— Barbeyrac nots. á Pufendorf L. 4° Cap. 9° § 9.° Tambem mostra Savigny Obr. cit., que estes outros casos são igualmente de *tradição real.*

(345) E' o que se-chama vulgarmente—causula *constituti*—Art. 909 Not. Consolid., pela qual o vendedôr constitue-se detentôr da cousa em nome do compradôr, até que este tome posse real e effectiva. No caso da—*brevi manu traditio*—o detentôr da cousa vem á sêr possuidôr. No caso do—*constitutnm possessorium*—o possuidor da cousa converte-se em detentôr só por effeito da vontade. Como antes da *tradição real* o dominio não ficava transferido, e o alienadôr podia obrar de má fé, contractando com outro, e transferindo-lhe o dominio (Art. 534 Consolid.); a expressão da causula—*constituti*—teve por fim obviar fraudes, anticipando os effeitos da *tradição real*, e fazendo-a existir dêsde o momento do contracto.

(346) A existencia do—*cônstituto*—, como consequencia de um outro acto, apparece nos seguintes casos: 1°, quando se dá uma cousa e ao mesmo tempo se a-retem por titulo de locação; 2° quando se a-dá, ou vende, mas reservando-se o usufructo; 3°, quando a cousa é dada em penhôr, e ao mesmo tempo se-deixa seu uso ao devedôr por titulo de *precario* (Art. 478 Not., e Art. 498, Consolid.); 4°, na sociedade *universorum bonorum* (Art. 745 Consolid.)

Vid. Savigny *Trat. da posse* § 27.

(347) « No corrêr do tempo (diz Ricardo *Traité des donations* Part. 1ª Cap. 4° Seç. 2ª n. 902) a subtileza dos Jurisconsultos reduzio o uso da tradição á puro jogo, introduzindo as posses civis, que se tomão por modo ficto; de modo que a

regra—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(348). Forão apenas exceptuadas as tradições nos casos de doação, as quaes ficárão dependendo da formalidade da—*insinuação*—(349). Eis o estado, em que se achavão as cousas, quando o Codigo Civil da França admittio, que a propriedade fosse transmittida só por effeito do consentimento das partes, e sem necessidade de algum acto exteriôr (350).

---

tradição, que tinha sido estabelecida sobre fundamento tão solido, não serve mais que para engrossar as clausulas dos contractos, dependendo sómente do estylo dos notarios. »

(348) Em verdade esta passagem da L. 20 Cod. *de pactis* põe em opposição a simples convenção com a tradição, entretanto que no *constituto* a simples convenção, sem algum acto corporeo, conduz á acquisição da posse.

(349) « Nos primeiros tempos do Direito Civil, diz Ricardo Obr. cit. Part. 1ª Cap. 4º Secç. 3ª n. 1079, as doações, e bem assim todos os outros contractos, nos quaes havia translação de propriedade, não se completavão, sem que a estipulação fosse seguida de uma tradição real, actual, e continua; as fraudes não erão de temêr, e os dominios por uma posse publica erão bem conhecidos. Mas a retenção do usufructo, e as outras tradições fictas, tendo sido inventadas para facilitar aos homens a execução de suas vontades, e adoçar a dureza da antiga lei, os Imperadores forão obrigados, para obviar as fraudes que nascião da indulgencia, que as novas leis tinhão admittido, á procurar novo remedio á uma nova desordem, e á tirar a clandestinidade, que havia nas doações por causa dessas tradições fictas. »

(350) « A propriedade dos bens (Art. 711 Cod. Civ.) adquire-se, e transmitte-se... por effeito das obrigações. » —A obrigação (Art. 1138) faz o credôr proprietario, etc.

Confundio-se desta maneira, e logo em sua origem, o *direito pessoal* com o *direito real*; e para esta confusão muito contribuio uma bella doutrina, que principiou em Grocio (351), e foi depois reproduzida por muitos Escriptores de Direito Natural (352). Occorre ainda, que, sendo o *direito pessoal* o meio mais commum para chegar á adquirir o *direito real*, e parecendo que este é o producto ou resultado daquelle, sua natural dependencia tende á offuscar a differença entre um e outro.

No contracto de venda, por exemplo, compete ao comprador o *direito pessoal* para o vendedor entregar-lhe a cousa vendida; e esse direito portanto vem a ser o meio, pelo qual a cousa vendida terá de ser transferida para o dominio do comprador. A cousa não será do dominio do comprador, sem que o vendedor satisfaça a obrigação de entrega-la.

---

(351) *De Jure belli ac pacis*. « A entrega da cousa, que se transfere á outro (L. 2º Cap. 6º § 1º n. 4) não é necessaria senão em virtude das Leis Civis... É assim, que em alguns logares é preciso para alienar validamente uma declaração perante o povo ou magistrado, ou um registro (a insinuação das doações); cousas estas, que certamente são do Direito Civil. A entrega não é necessaria por Direito Natural (L. 2ª Cap. 8º § 25) pāra transportar a propriedade, e os proprios Jurisconsultos Romanos o reconhecem em certos casos. »

(352) Pufendorf *Droit de la Nature* (Traducç. de Barbeyrac) L. 4º Cap. 9º §§ 5º, e 9º, que se refere á Grocio; e com elle Wolff, Burlamaqui, Felice, Perreau, e outros. Esta doutrina suppunha um *estado da natureza*, que não é o do homem no estado social. Todos esses Escriptôres reconhecem, que na sociedade civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo nscessario além delle um acto sensivel e

Estabelecido pois o *direito pessoal*, de onde tem de resultar a transmissão da propriedade, e pois que a fé dos contractos deve ser mantida, muitos espiritos não quizerão vêr mais nada; e derão logo a propriedade como transmittida, e como adquirida, só pelo simples poder do concurso de vontades em um momento dado. Tomou-se a propriedade em seu elemento individual sómente, não attendeu-se ao seu elemento social (353); contou-se com a boa fé das convenções, como se a má fé não fosse possivel, ou não pudesse prejudicar á terceiros (354).

---

positivo de entrega, como testemunho desse consentimento. Belime (*Philosophie du Droit* Tom. 2° pag. 259), que tambem entende havêr materialismo na dontrina do Direito Romano, e uma confusão grosseira do facto e do direito; reconhece todavia, que isto não exclue a questão de sabêr; se no interesse da segurança das relações não convem dar uma certa publicidade aos actos de alienação, para prevenir fraudes e sorprezas.

(353) « A propriedade (Ahrens *Droit Naturel* 4ª Ed. pag. 390) compõe-se de dois elementos, um individual, e o outro social; se o primeiro é a base, o segundo é o reguladôr, do direito de propriedade; e ambos devem sêr combinados, e harmonisados, para darem á propriedade um caracter organico, reflexo das relações organicas, que existem entre o individuo e a sociedade, entre o homem e a humanidade. Do mesmo modo que o individuo não deve sêr absorvido pela sociedade, tambem o direito individual de propriedade não se perde no direito social ». Eis a doutrina, que, sem fazêr derivar só da lei a propriedade, como aliás pensárão Montesquieu e Bentham, attribue á lei o que verdadeiramente á lei pertence.

(354) « Costuma-se dizêr (Bonnier Rev. de Wolowski Tom. 6° pag. 438), que desta maneira attribue-se á vontade do homem sua nobre preponderancia,—que a vontade sup-

As cousas, que se convenciona transmittir, é possivel, que não sejão transmittidas; e a mesma cousa póde sêr vendida á duas differentes pessoas (355). Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exteriôr da transferencia do dominio, o segundo compradôr póde em boa fé transmittir tambem a cousa, que assim irá successivamente passando á outros. Ahi temos um conflicto de direitos, ahi temos uma collisão, onde apparece de um lado o interesse de um só, e do outro lado o interesse de muitos. Deve-se indifferente sêr á constante incerteza do direito de propriedade, e ao abalo de tantas relações civis? Se este mal não póde sêr inteiramente desviado, não convirá evita-lo no mais que fôr possivel?

A innovação do Codigo Civil da França foi tão inesperada, tão perigosa, tão opposta á boa razão, que por muito tempo duvidou-se de que houvesse derogado o regimen da Lei de 11 *Brumaire* anno 7° (356). Troplong, Martou, e muitos outros

---

pre o facto, ou antes, que é um facto moral, que imprime nos objectos o cunho de seu podêr. Mas de duas cousas uma: ou este exercicio tão nobre da vontade humana tem effeitos para com terceiros, e então, como póde sêr occulto, longe de merecêr nossa approvação, vem á sêr o instrumento de fraudes deploraveis; ou estes effeitos são concentrados entre as partes, e então não produzem algum resultado serio. Encarada no primeiro ponto de vista, a transmissão da propriedade é um erro perigoso; no segundo ponto de vista ha uma subtileza, uma ficção, contraria á natureza das cousas. »

(355) E' o que todas as legislações tem cuidado de prevenir --- Vid. Art. 534 Not. Consolid.

(356) Veja-se o excellente trabalho de Jourdan, impresso na *Themis* Tom. 5° pag. 373.

Jurisconsultos, não deixão de confessar, que esta mudança tão grave foi sorrateiramente introduzida, sem a discussão especial, e profunda, que reclamava. Mesmo assim, quanto á bens moveis, o novo principio não teve applicação (357), e quanto aos immoves foi applicado com restricções (358).

Em vão, portanto, como se-tem censurado (359), o legislador francez proclamou seu principio de transmissão da propriedade só por effeito das convenções; pois que a força das

(357) *En fait de meubles la possession vaut titre*---Art. 2276 Cod. Civ. No caso da venda de um immovel, successivamente feita á duas differentes pessôas, prefere aquella, que tem a prioridade do titulo. Quando se-trata de moveis (Art. 1141) prefere aquella, que de boa fé acha-se na posse da cousa, nada importando sêr posteriôr o seu titulo. Quereis vêr como o apuro da subtileza tem procurado conciliar esta incoherencia? Alguns Escriptôres (Toullier, Delvincourt, e Zachar), reconhecêrão, que em materia de moveis havia-se derogado o principio da transmissão da propriedade *solo consensu*; mas outros (Demante e Marcadé) inventarão uma razão insigne. Elles dizem: « O que prova, que entre as partes contractantes, como á respeito de terceiros, a propriedade dos moveis se-transfere só pelo effeito do consentimento contractual, é que o titulo prevalece sobre a posse de má fé; e se a posse de boa fé destróe o effeito do titulo, e vale como titulo, é por uma especie de prescripção instantanea! » Que propriedade será essa, cujo direito succumbe em relação á toda a posse de boa fé? Será esse o *direito real*, que obriga á todos, e se-faz valêr contra todos?

(358) Os Arts. 939 e 1069 do Cod. Nap. mandão transcrevêr as *doações* de bens susceptiveis de hypotheca, e as *substituições*, para que possão têr effeito em relação á terceiros.

(359) Vid. Maynz *Elém. de Droit Rom.* § 191.

cousas o-obrigou á viola-lo em relação aos moveis, e á não mantê-lo relativamente aos immoveis senão por meio de disposições contradictorias e incompletas, que expozerão a propriedade territorial, e a garantia hypothecaria, á incertezas e perigos taes, que a segunda geração sentio a necessidade de reformar radicalmente a legislação nesta parte.

Aquillo, que desde logo não se-havia conhecido pela fascinação de um principio bello na apparencia, porisso mesmo que fazia realçar o podêr da vontade humana, veio-se á conhecer depois pelas exigencias economicas de um bom regimen hypothecario. Em verdade, o systema hypothecario do Codigo Civil Francez ficara profundamente viciado, desde que se-confundirão os *direitos pessoaes* com os *direitos reaes*. Era uma anomalia, e uma providencia inutil, manifestar ao publico o direito real da hypotheca, quando o primeiro direito real, fonte

(360) « Este systema (Martou *Privil. et Hypoth.* n. 9), que não tinha precedente, largamente contribuio para viciar o regimen hypothecario de 1804. Cabe-lhe a censura de ter confundido o *jus in re* com o *jus ad rem*, a propriedade com a obrigação, desconhecendo assim uma distincção baseada na natureza das cousas, e consagrada pelos legisladôres de todos os seculos. A propriedade não póde ficar na sombra como a obrigação... Era preciso (n. 10) reformar este systema condemnado pelos principios de direito, e pelas necessidades economicas. A primeira condição de um bom regimen hypothecario é sêr ligado á um modo regular de transmissão da propriedade immovel. A propriedade é a base da hypotheca. Se ella não existe, a hypotheca aniquila-se. Se é duvidosa, a hypotheca vacilla. Se não se-póde verificar facilmente, a hypotheca será aceita com desconfiança. Em summa, a publicidade das hypothecas é inseparavel da publicidade do direito de propriedade. »

de todos os outros, não tinha a mesma publicidade (360), e nos casos mais frequentes (361).

A Lei Franceza de 23 de Março de 1855 realisou a reforma tão desejada por todos os Jurisconsultos (362), restaurando e melhorando o regimen hypothecario da Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, e antes disto o mesmo já havia acontecido na Belgica por virtude da Lei de 16 de Dezembro de 1851.

Todavia ainda hoje se-diz, que a formalidade da transcripção nos registros hypothecarios dos actos translativos ou declara-

(361) Em verdade é muito de estranhar (como observa Bonsnier loc. cit.), que se tivesse o cuidado de dar publicidade á alienações por titulo gratuito, tão raras comparativamente ás outras; quando não se estabelece precaução alguma sobre a existencia das vendas, que se-fazem todos os dias. Estranha-se muito mais, que, havendo-se organisado um systema de publicidade para as hypothecas, não se-fizesse repousar sobre a publicidade a propriedade immovel, base de todo o systema. Vê-se bem (continúa o mesmo Escriptôr), que uma legislação, onde achão-se iguaes disparates, não tem sido feita de um só lance, e sob a influencia das mesmas idéas, mas que tem sido uma transacção entre opiniões divergentes. Ora, o eclectismo é sempre pernicioso em legislação. Não é com peças de relatorio, que construe-se um grande edificio. Sirva isto de advertencia (dizemos nós) aos que entendem, que a organisação do Cod. Civil póde sêr obra de muitos.

(362) Menos por Fouet de Conflans (*De la reform. hypothéc.*), á quem Levita (*Dé la reforme hypothéc. en France et en Prusse* pag. 35) chama *o Bigot dos nossos dias*. Bigot de Preameneu, e Tronchet, collaboradores do Cod. Nap., havião sustentado, *que a publicidade viola o segredo das familias, enfraquece a boa fé que é alma dos contractos, e prejudica a circulação alterando o credito, etc* ! Vid. Locrés Tom. 16, e Fenet. Tom. 15.

torios de direitos reaes sobre immoveis é só necessaria em relação á terceiros, mas não em relação ás partes contractantes; e que subsiste portanto em toda a sua força o—*philosophico e moral*—principio do Codigo Napoleão! Tem-se dado ao Direito Francez uma physionomia singular, da qual não se-quer que seja despojado (363).

Não é possivel condescendêr com os admiradores dessa tão venerada theoria, e na actualidade felizmente seu valor acha-se reduzido á mero apparato de palavras, que não tem significação pratica. Tendo-se reconhecido a necessidade de um facto externo como indicadôr legal da transmissão da propriedade, não descobrimos razão, pela qual em relação ás partes contractantes se-deva seguir o principio opposto da transferencia do dominio só por effeito do consentimento. Não vemos, que esse principio seja applicavel á qualquer caso, quando as relações entre as partes contractantes ficão perfeitamente acauteladas com o vinculo das obrigações.

Se o vendedor conserva a cousa vendida em seu poder, não a-entregando ao comprador, tem este sua acção pessoal para exigi-la; não se-faz necessario attribuir-lhe dominio, para que tenha uma inutil acção de reivindicação (364). Se, não tendo havido tradição, a cousa vendida passa sem vicio para a posse do comprador, nega-se ao vendedor e á seus herdeiros, e representantes, o direito de reivindica-la (365). Se tem-se de

(363) Vid. Troplong—Comment. á Lei de 23 de Março de 1855 n. 143, e Martou Comment. á Lei Belga de 16 de Dezembro de 1851 n. 63.

(364) Arts. 518 e 519 Consolid.

(365) *Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem*—L. 1ª § 5° Dig. *de except rei vend.*

regular a perda e risco da cousa vendida antes da sua entrega, tambem não será preciso convertêr o comprador em proprietario, para applicar-lhe a regra—*res suo domino perit*—; quando existe a outra regra, que livra dos casos fortuitos á todo o devedor de um corpo certo—*debitor rei certæ ejus interitu liberatur*—(366).

E como concebe-se, que o *direito real* só possa existir para com um individuo? O dominio é por sua essencia um, e quando se lhe-nega este caracter, certamente não existe dominio. Se o vendedor desde o momento do contracto tem perdido o dominio da cousa vendida, não se-concebe tambem, que elle validamente a possa vender segunda vez á outra pessoa, só porque o primeiro comprador não foi diligente em fazer transcrever seu titulo nos registros hypothecarios.

O nosso Direito não luta com taes incoherencias, e outros obstaculos do Direito Francez, que possão agora impedir a perfeição e harmonia do projectado Codigo Civil. Reina o salutar principio da *tradição*, á que estão igualmente sujeitas transmissões da propriedade movel, e immovel (367); os *direitos*

(366) Art. 537 Not. Consolid.

(367) Em relação aos immoveis, póde-se dizêr, que a tradição entre nós está reduzida á clausula—*constituti*—, que quasi sempre é inserida nas escripturas—Art 909 Not. Consolid. A insinuação das doações, posto que a Lei de 22 Setembro de 1828 Art. 2° § 1° falle de um livro onde se-deve averbar (Art. 414 Consolid.), tem sido considerada mais como providencia contra extorsões, do que um meio de publicidade á bem de terceiro. Veja-se o preambulo da Lei de 25 de Janeiro de 1775, e a Dissert. 3ª de Lobão Facisc. Tom. 1.° Tambem quasi sempre ha omissão dessa formalidade, e quando se a pratica, não se-cumprem as determinações da Lei—Vid. Art. 411 Not. Consolid., e Art, 415.

pessoaes e os *direitos reaes* não se-confundem, e não havera innovação radical, se a tradição dos immoveis fôr feita por modo uniforme, solemne, e bem notorio, qual o da inscripção, ou transcripção nos registros publicos.

Com esta boa theoria o Direito Romano tambem nos-legou o detestavel systema das hypothecas occultas, e o vicio deste systema (se tal nome se lhe-póde dar) foi o que primeiro desafiou nossa attenção. Em 1834, por occasião do Projecto do actual Codigo do Commercio, procurou-se logo attenuar o mal mandando-se lançar no registro publico do commercio todas as escripturas de hypotheca, pena de não produzirem effeito algum contra terceiros. Esse Projecto passou á ser lei em o anno de 1850, mas neste intervallo creou-se um—*registro geral de hypothecas*—pelo Art. 35 da Lei de Orçamento de 21 de Outubro de 1843, e regulou-se esse registro pelo Decret ode 14 de Novembro de 1846. Resultou d'ahi a inutil duplicata de registros, sobre que providenciára o Decreto de 7 de Dezembro de 1853.

Coube ao laborioso Ministro da Justiça o Sr. Nabuco de Araujo a gloria de propagar no paiz as novas idéas, que dominão a materia das hypothecas em harmonia com os progressos da Sciencia. Seu Relatorio de 1854 lançou as primeiras sementes, fez comprehender a urgencia da reforma hypothecaria, a necessidade de fundar o credito territorial sobre a base da hypotheca. O pensamento cardeal do seu Projecto, apresentado ao Corpo Legislativo na Sessão de 25 de Julho do mesmo anno (368), foi a publicidade das hypothecas, e com ella a de todas as transmissões de immoveis por titulos entre vivos, e constituições de direitos reaes.

(368) Vid. *Jorn. Comm. Supplem.* de 26 de Julho de 1854

(369) Vid. *Jorn. Comm.* de 23 de Agosto de 1854.

Uma Commissão especial da Camara dos Deputados examinou esse Projecto, e seu parecer (369) abundou nas mesmas idéas, e até excedeu-as, opinando que a transcripção no registro publico dos titulos de transmissão dos immoveis devia têr um valor ainda maior, do que se lhe-déra no Projecto.

« *A transcripção* (segundo o Projecto) *não induz a prova do dominio, que fica salvo á quem fôr.* »—*A transcripção* (disse a Commissão) *deve importar a prova da propriedade, e não uma presumpção; logo que ella é recommendada e obrigatoria* (370). *Parece de logica rigorosa, e ao mesmo tempo conveniente, para afastar meios de fraude, que sempre a má fé procura, e consegue descobrir, que se lhe-dê a importancia de verdadeiro titulo.* »

No pensar de um dos Oradores daquella Camara a medida da transcripção liquidaria a propriedade para o futuro, deixando-a porém no mesmo estado quanto ao presente e passado com todas as variadas causas de complicação e incerteza (371). No entender de outro as difficuldades, ainda que grandes, poderião ser vencidas por um regulamento provisorio, purgando-se a propriedade, e aproveitando-se a predisposição da Lei das terras publicas (372).

---

(370) Houve nisto um engano, que foi depois sanado em Projecto substitutivo apresentado na Sessão de 9 de Julho de 1856. A transcripção não é, nem podia sêr, obrigatoria no systema, que se adoptou; mas só por ella, e desde a sua data, os titulos translativos de dominio produzem effeitos em relação á terceiros. O proprio interesse particular assegura neste caso a desejada publicidade.

(371) Vid. *Jorn. do Comm.* de 28 e 29 de Junho de 1855.

(372) Vid. *Jorn. do Comm.* de 30 de Junho de 1855. Á este discurso alludimos na Not. ao Art. 905 Consolid.

Não é estranho, que pelo empenho de fundar o credito territorial os espiritos tanto propendão para a idéa da *certeza legal da propriedade*. Se a simples transcripção dos titulos de dominio, e dos constitutivos de direitos reaes, fosse susceptivel de tranquillisar perfeitamente o credor hypothecario, como não desejar que tal solemnidade importe a prova irrecusavel do estado da propriedade immovel? Eis como se explicão as aspirações manifestadas na Sessão Legislativa de 1854, e 1855, e ainda outra razão as justifica.

Tal innovação não é um esforço racional, é já um facto, uma instituição reinante. cujos beneficios a experiencia confirma. Ahi estão as leis hypothecarias da Prussia, Austria, e de quasi todos os Estados d'Allemanha, que fallão em seu favor. Os Economistas, e alguns Jurisconsultos Francezes, cujos escriptos nos são familiares, encarecem no ultimo ponto a bondade da legislação desses paizes, applaudem seus grandes resultados em relação ao credito dos immoveis, e aos bancos publicos que o-mantêm no pé mais favoravel. Assim é, porém o assumpto requer muita meditação, e muita prudencia.

Será possivel estabelecer entre nós o systema hypothecario do Direito Germanico, para que toda a propriedade immovel fique legitimada e consolidada, tendo seus registros, como os tem, ou póde ter, o estado civil das pessoas? Será possivel ao menos liquida-la mais tarde, lenta, e gradualmente, ou depois de um tempo dado? Será possivel purga-la ou remi-la occasionalmente do perigo das reivindicações e evicções imprevistas, como se costuma remi-la das hypothecas? Ou devemos limitarnos á transcripção publica dos futuros titulos como um meio de tradição dos immoveis, e condição legal da transmissão de todos os direitos reaes?

O que muito convem é, que se conheça á fundo as peculiares vantagens de cada um dos systemas, e suas contrariedades,

para que não se espere delle resultados, que não lhe-competem, nem se lhe-queira dar uma extensão impossivel.

Sendo feita a inscripção ou transcripção por meros officiaes publicos,—funccionarios inteiramente passivos—, não passará de um acto puramente material, de uma simples cópia litteral ou por extracto dos titulos de transmissão de dominio entre vivos, ou de constituição de direitos reaes. Ora, adoptada esta providencia, os registros publicos firão sempre conhecer as alienações que se-fôrem realisando, e os encargos consentidos por aquelle, que reputa-se proprietario; mas não fornecerão provas do estado certo da propriedade, não serão o signal infallivel, por onde os mutuantes e adquirentes possão conhecer a legitimidade do dominio, e a disponibilidade dos immoveis.

Um acto de alienação não constitue a prova do direito de quem aliena, nem por conseguinte do direito de quem adquire, pois que ninguem transmitte mais direitos do que tem. Como saber, se o vendedor do immovel é seu legitimo e verdadeiro proprietario? Investigando-se a genealogia da propriedade, sua filiação de titulo em titulo, póde-se chegar á grande probabilidade, e raras vezes á certeza completa. Além disto, os titulos podem contêr variados encargos, podem ser annullaveis por vicios intrinsecos do consentimento dos contrahentes, pela sua incapacidade civil, e por vicios de fórma.

Accresce ainda, que a propriedade não se adquire somente pela transferencia feita por legitimos proprietarios. Ella tambem adquire-se por uma posse contínua, posse juridica (*civilis possessio*), com a adjuncção de certas circumstancias (*justus titulus—bona fides*); e esse meio de adquirir presuppõe a propriedade transferida por quem não era proprietario verdadeiro —*a non domino*—. Fallamos da—*prescripção*—, dessa filha do tempo, e da paz,—*patrona do genero humano*—, de que todas as legislações não têm podido prescindir.

A propriedade seria uma fonte de inquietações, o mal seria grande, se a *prescripção* não cobrisse com seu manto protectôr todos os defeitos das acquisições illegitimas e viciosas. Eis um outro campo para novas investigações. O tempo da posse teria sido sufficiente para prescrevêr? Seria a posse acompanhada de boa fé? Teria sido a prescripção interrompida ou suspensa?

O dominio é sempre difficil de provar, a propriedade perde-se na noite dos tempos, e a prescripção não bastou para tranquillisar as relações da vida civil. A sociedade e seus legisladores reconhecêrão a necessidade de contentar-se com a —*propriedade putativa*—dando-lhe toda a força de—*propriedade verdadeira*—. Seria duro, que o adquirente de boa fé se-achasse exposto ás pretenções de qualquer usurpador temerario; entretanto que seu dominio estava em germen, e só dependia da consagração do tempo. Fingio-se, pois, que o prazo da prescripção já estava completo, e essa propriedade nascente, essa propriedade presumida, foi protegida por uma acção especial (373).

Se tal é o estado da nossa propriedade, se a *propriedade putativa* deve cedêr á *propriedade verdadeira*, do mesmo modo que toda a presumpção deve cedêr á verdade, se o titulo mais debil succumbe em presença do melhor titulo, como se-póde dar á transcripção do registro hypothecario a importancia de verdadeiro titulo? O registro publico da propriedade actual, por occasião de suas transferencias *inter vivos*, irá preparando um quadro sempre incompleto da propriedade immovel, tal qual existe; mas não a-purgará, não a-liquidará para o futuro; porisso mesmo que a não liquida quanto ao presente, e passado.

---

(373) Vid. *infra* a explicação da *propriedade publiciana*.

Se essa transcripção de per si não tem, nem póde têr, força de verdadeiro titulo, uma vez que não augmenta o valor do titulo já existente; se apenas fixa na cabeça do adquirente os mesmos direitos, que tinha seu antecessor; um simples registro, cadastro, ou recenseamento geral, da propriedade immovel, qual o tentado pelo Regul. de 30 de Janeiro de 1854 (374), ou outro dirigido com melhores bases, tambem de per si nada pedisporia para a liquidação e certeza dos dominios. Esse cadastro refere-se mais á cousa do que á pessoa, isto é, não designa nem assegura ao proprietario, á quem a cousa verdadeiramente pertence, todos os encargos, que a onerão; e, por conseguinte, não póde dar em resultado uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz.

O cadastro, que serve de base ao systema do Direito Germanico, liga-se intimamente ao registro geral de todos os immoveis com os direitos reaes que os affectão, ou antes vem á ser esse mesmo registro (375); e desta maneira elle contém a prova official, e o titulo irrecusavel, de toda a propriedade. Constituem o direito de propriedade as inscripcões, e averbações, desse grande registro.

Dado esse systema em um paiz, deve-se crêr, que a propriedade acha-se completamente liquidada, sem o que não haveria a certeza, que elle offerece, ou que se lhe attribue; e tambem se-deve suppôr a necessidade de uma constante vigilancia, para que tal certeza se-conserve em todo o ulterior movimento da propriedade. A introducção desse regimen portanto em um paiz, como o nosso, onde o dominio é incerto, e apenas presumido na mór parte dos casos, forçosamente depende de uma primeira operação, que vem á ser a liquidação

(374) Art. 905 Consolid.
(375) Not. ao Art. 905 Consolid.

de todos os immoveis, a consolidação da propriedade; e sua depuração de todos os direitos, e pretenções eventuaes, que a-fazem duvidosa.

Á menos que um golpe de poder arbitrario cortasse o nó de tantas difficuldades, em vez de remove-las com a mais escrupulosa apreciação nos direitos de cada um, e de todos, fôra mister, para execução do plano, abalar a sociedade por seus fundamentos, chamar á contas um paiz inteiro, e perturbar todas as relações civis por meio de uma revolução sem exemplo. Tambem oppôr-se-hião á essa vã tentativa as primeiras idéas sobre a ordem judiciaria. Como obrigar-se á pleitear o proprietario verdadeiro, ou supposto, que não foi por ninguem inquietado? Como obrar o poder judicial, sem que o interesse de partes venha solicitar sua intervenção?

A manutenção de tal systema, se fosse possivel a legitimação da propriedade, lutaria com a mesma offensa de principios, e daria lugar aos gravissimos inconvenientes do regimen germanico. O registro das mutações futuras não poderia consistir sómente em uma transcripção material por intermedio de um official publico, mera testemunha instrumentaria; mas deveria ser o effeito de um exame preliminar, e muito rigoroso, dos titulos que se apresentassem.

Para que assim fosse, as delicadas funcções desse exame justificativo serião confiadas á uma magistratura, á juizes que conhecessem da verdade dos actos e da sua fórma; transformando-se d'est'arte sua jurisdicção voluntaria em contenciosa; e submettendo-se a vontade livre das partes contractantes á uma autoridade, que não reclamárão.

Iguaes inconvenientes teria a lenta e gradual depuração da propriedade, á medida que fosse passando pela fieira de translações futuras; e no mesmo caso estaria a expurgação em

um tempo dado, isto é, no maior que a lei tem marcado, ou houvesse de marcar, para a prescripção adquisitiva. Pelo nosso Direito a prescripção de trint' annos (longissimo tempo) não depende da existencia de titulo, bem que o possuidor de má fé em tempo nenhum possa prescrever (376) ; mas por outras legislações não se-póde oppôr á prescripção trintenaria, nem a falta de titulo, nem mesmo a do requisito de boa fé (377).

Concebe-se este ultimo expediente sob a idéa de que, passado o maior tempo da prescripção, a propriedade, que não se houvesse tranmittido, e que portanto não tivesse sido examinada e liquidada, estaria prescripta em mão de seus possuidores desde a época da lei ; entretanto as prescripções dormem (378), e tambem podem ser interrompidas (379). Além disto, para que não houvessem lacunas na historia cadastral do movimento da propriedade, fôra preciso tambem não dispensar as acquisições por titulo *causa-mortis,* ao que se-oppõe o interesse publico da prompta devolução das heranças (380).

Como não tendo maior icconveniente poder-se-hia admittir uma expurgação facultativa, por occasião das alienações e

(376) Arts. 1321 e 1325 Consolid. O mesmo em Direito Romano.

(377) Cod. Civ. Franc. Art. 2262, e outros Codigos, que o imitárão.

(378) Arst. 856 , e 857, Consolid.

(379) Art. 855 Consolid. — Estas disposições são applicaveis ás duas especies de prescripção, a *de extincção* e a *de acquisição*.

(380) A nossa legislação o tem reconhecido na *poose civil,* que dá aos herdeiros — Arts. 978 e 1025 Consol. Essa *posse civil* tambem a-dá o Direito Francez com a sua maxima — *le mort saisit le vif* —.

contractos hypothecarios ; creando-se pouco e pouco ao lado da propriedade incerta, uma propriedadè remida e certa, e só dependente de um curto prazo de prescripção. Quem adquirisse com esta precaução, ou quem emprestasse sobre hypotheca, teria a segurança de que o immovel pertencia á seu antecessor ou devedor, sem estar sujeito á essas evicções inopinadas, cujo perigo sera sempre inimigo do credito.

Não seria sem exemplo esse meio de purgar a propriedade, e tornal-a imcommutavel.. As antigas leis da Belgica o-permittião (381), e um costume da Bretanha (Provincia da França) tambem havia admittido com o nome particular de — *appropriance* — o mesmo systema de protecção á propriedade, e firmeza de suas acquisições (382). Esta usança tão salutar, abolida pelo art. 56 da lei de 11 *Brumaire* anno 7°, tinha alguma semelhança com o *decreto voluntario* do antigo Direito Francez, depois substituido pelas *cartas de ratificação* : porém produzia effeitos mais extensos, libertando os immoveis, não só das hypothecas, senão tambem de todos os direitos reaes, ainda que fosse á titulo de dominio (383).

Em nosso Direito temos dois modos para remir a propriedade dos encargos hypothecarios (384), e se essa remissão é

(381) Vid. Merlin *Répert. de Jurisprud.*, e Favard de Langlade *Répert. de la Nouvel. Législ.* vb. *purge.*

(382) Merlin Obr. cit. vb. *appropriance*, e Troplong *Comment. de la Loi du* 23 *Mars* 1855 n. 9.

(383) « A formalidade da *appropriance* (Sabire et Carteret *Encycloped. du Droit)* purgava os encargos, que gravavão o immovel; e tambem o direito, que qualquer terceiro podesse ter á titulo de proprietario. Nisto sua efficacia hia mais longe, que a dos *decretos voluntarios*, das *cartas de ratificação, e cartas de remissão (lettres de purge)* usadas nos Paizes Baixos.»

(384) Arts. 522, 527, e 1296, Consolid.

possivel quanto ao direito real da hypotheca, não deixa de sêl-o quanto aos direitos reaes por titulo de dominio. Os creditos hypothecarios, como diz Grenier (385), tambem são propriedade.

Quando são conhecidos os credores do vendedor do immovel, e podem ser pessoalmente avisados, não ha inconveniente, pois que o fim da hypotheca é o pagamento; porém no caso da inciencia delles, ou porque não sejão intimados (386), ou porque só o-sejão por editaes em razão de não serem conhecidos (387), é provavel, que hajão muitas preterições injustas.

Quanto aos direitos hypothecarios, os credores são sempre desconhecidos no systema de hypothecas clandestinas, e o-são em grande parte no systema da publicidade incompleta. Todavia o Codigo Civil Francez, assim como admittio a remissão das hypothecas inscriptas, de que é um preludio a transcripção dos contractos translativos de propriedade immovel (388), não hesitou em facultar meios para remissão das hypothecas legaes dos menores e mulheres casadas, que alias são dispensadas da inscripção (389).

Os direitos por titulo de dominio não conhecido achão-se nas mesmas circumstancias dos hypothecarios não registrados, e não se-póde negar, que ha injustiça em fazer depender a existencia de direitos legalmente adquiridos da fortuita noticia de uma proclamação (390). Ainda ha outro inconveniente

(385) *Traité des Hypotheq.* Tom. 2º pag. 122.
(386) No caso dos Arts. 527 e 1296 § 1º.
(387) No caso dos Arts. 524 e 1296 § 2º.
(388) Art. 2181 Cod. Civ. Franc.
(389) Arts. 2193, 2194, e 2195, cit. Cod.
(390) Vid. Meyer *Esprit des Instit. Judic.* Tom. 5º pag. 236.

nesse modo de consolidar a propriedade, inconveniente que provocou sua rejeição por parte dos sabios organisadores do Projecto de lei relativo á acquisição, conservação, e publicidade, dos direitos reaes sobre immoveis no Cantão de Genebra.

« Nossas antigas leis (diz-se na Exposição de motivos desse Projecto (391) davão esta segurança com o soccorro das—*subhastações*—. Aquelle, que comprava com as formalidades proprias dessa especie de venda, ficava garantido de toda a evicção. Pôstoque as *subhastações* não tivessem sido empregadas senão para as desaprapriações forçadas, tornarão-se por desvio de sua instituição primitiva o meio frequentemente empregado para realisação das vendas puramente voluntarias.

« Mas, se por este meio alcançava-se a segurança do comprador, era por um preço que lhe tirava todo o merecimento.

Aquelle, que fazia pôr em venda, podendo envolvêr predios do vizinho com os do alienadôr, esse vizinho que nada sabia, não obstante as formalidades da hasta publica, ficava privado da faculdade de reivindicar o que era incontestavelmente sua propriedade. Assim pois estava-se em segurança como adquirente, mas incessantemente expôsto como proprietario. »

O systema hypothecario germanico será elogiado por aquelles que só o-conhecem na apparencia (392). Derivado das antiguidades feudaes, medrando em paizes de longa mão preparados, onde a propriedade territorial consta de grandes dominios, não póde convir á outros paizes de constituição diversa, cujo territorio tende progressivamente á retalhar-se por effeito das successões hereditarias. Com dados oppostos aos daquelle systema, o registro hypothecario, em correlação com o ca-

(391) Themis Tom. 9º pag. 4.
(392) Meyer Obr. cit. Tom. 4º pag. 293.

dastro, acompanhando as divisões materiaes e juridicas da propriedade immovel, fôra uma montanha de papeis, um dedalo de livros.

Repousa tal systema, em que o magistrado póde, e deve, previamente examinar a força obrigatoria dos contractos, seu conteúdo, sua fórma, e os direitos de terceiros, que nada reclamão. Conceda-se, que esse preliminar exame tem vantagens, pois que póde prevenir alguns abusos; entretanto, como não se-offerece correctivo contra omissões possiveis, como ha o gravissimo inconveniente das protelações; deve-se dar preferencia á plena liberdade das alienações, e transcripções, salvos os direitos de terceiros. A liberdade individual, vantagem mais preciosa da sociedade, repelle tantas formalidades, dispensa tanta vigilancia e supremacia.

Se o systema germanico, fixando a certeza da propriedade, proporciona ao credito real as mais solidas garantias; não se segue, que seja possivel transplantál-o, e que não tenha tambem suas vantagens peculiares á bem do credito o systema da Legislação Franceza de 1779 (11 *Brumaire* anno 7º), ultimamente restaurado na propria França, e na Belgica. Nem todos podem tudo. Nas partes d'Allemanha, onde a propriedade territorial é fraccionavel, e tem mais vida, a sabedoria dos legisladores evitou, que o systema germanico fosse introduzido. O mesmo aconteceu na Baviera Rhenana, e nas Provincias Rhenanas da Prussia.

O systema da transcripção como acto concomitante das convenções, para operar a transmissão dos immoveis, e attribuir direitos reaes, se não purifica a propriedade, pelo menos a-expõe á luz da publicidade no estado em que se acha, preenche completamente o fim da *tradição*, separa os direitos reaes dos pessoaes, e impede os estellionatos; isto é, as fraudes das alienações e hypothecas duplicadas, da alienação do que

já está hypothecado, da hypotheca do que já está alienado; e da alienação e hypotheca de immoveis como livres, quando já estão onerados de direitos reaes, além de outros enganos no mesmo sentido.

Quando houverem esses artificios fraudulentos, preferirá aquelle, cujo direito real tivér por si a prioridade da inscripção, ou transcripção, nos registros publicos (393). Os adquirentes, e mutuantes, se nada constar desses registros, sabem, que adquirem, e emprestão, com segurança em relação ao alienador ou devedor hypothecario, não sendo porém negligentes em dar á publicidade seus titulos. Pelo que respeita á direitos de terceiros em razão dos vicios, e qualidade, dos titulos anteriores; a lei não assegura náda, deixa á cada um o cuidado das investigações. Quando trata-se de interesses particulares, a vigilançia individual será sempre mais proficua do que toda a protecção da autoridade.

Pelo fim dominante deste prudente systema de transcripção, bem se-vê, que não se-faz preciso o mesmo meio de publicidade para as transmissões da propriedade por titulos *causa-mortis*. As fraudes, de que tal systema preserva, realisão-se pelo concurso de dois actos *inter vivos* contendo a alienação potal ou parcial da mesma cousa pelo mesmo proprietario; e nas transmissões por morte não ha este perigo, não ha collisão possivel; ha um facto unico—o do fallecimento—, de onde provém os direitos successorios.

---

(393) Com a inserção da clausula—*constituti*—em todas as nossas escripturas póde-se dizêr, que está sem applicação quanto aos immoveis a regra do Art. 534 Consolid.; póde-se dizêr, que temos o systema espiritualista do Cod. Civ. da França.

Seja qual fôr o systema, que se adopte, a theoria dos *direitos reaes*, pela sua intima correspondencia com a theoria do credito, merece por certo a primeira attenção. A Legislação Civil, que bem comprehendêr as necessidades economicas da época em que vivemos, deve designar taxativamente os *direitos reaes*, e declarar que não admitte outros. Deve sêr parca em concedê-los, deve expô-los á grande luz da publicidade; não se deixando porém dominar por alguma idéa exclusiva, não recusando protecção aos variados interesses da sociedade.

O *credito real* tem nos *direitos reaes* seu unico amparo, e ao mesmo tempo um poderoso inimigo. Apoiado na hypotheca dos immoveis, tem de conciliar as difficuldades, que resultão:

1.° Da mesma hypotheca:

2.° Do primeiro direito real, que é o dominio:

3.° Dos outros direitos reaes.

Essas três origens de embaraços provem de situações differentes, em que a propriedade immovel póde achar-se; e em cada uma dellas ha muitas e variadas modificações, que equivalem á situações novas. Ensaiemos uma classificação desses diversos estados da propriedade por excellencia.

Dois são os modos derivativos de adquiri-la:

I. Por actos entre vivos:

II. Por successão legal, ou testamentaria.

I

Adquirida por actos entre vivos

I. Propriedade completa, e verdadeira (394):

(394) Ou emanada *a domino*, ou *a non domino* já legitimada pela prescripção.

II. Propriedade tambem completa, mas putativa (395):

(395) Emanada *a non domino*, ainda em germe, ainda não legitimada pela prescripção. Reconhecida a necessidade de protegêr essa propriedade nascente, adquirida com *justo titulo* e *boa fé*, e habil portanto para a prescripção, completado o tempo da posse, cumpria provêr á todos os casos possiveis.

Attenda-se á sabedoria, e riqueza, do Direito Romano. O proprietario putativo póde ser demandado pela reivindicação, póde sêr impellido á demandar quando perde sua posse. Na posição passiva:—1°, se elle é demandado pelo proprietario verdadeiro, deve succumbir, porque, como já dissemos em outro logar, a presumpção cede á verdade; 2°, se este reivindicante é o proprio vendedor da cousa alheia, mas que succedeu depois ao proprietario verdadeiro, o proprietario putativo o-exclue com a—*exceptio doli*—; 3°, se esse reivindicante é successor singular ou universal do proprio vendedor da cousa alheia nas mesmas circumstancias, o proprietario putativo tambem o-exclue com a—*exceptio rei venditæ et traditæ*.—A *exceptio doli* era puramente pessoal, não podia sêr opposta contra aquelles á quem o antigo proprietario houvesse cedido seu direito; e então foi de mistér crear outra excepção applicavel á todos os casos. Os Commentadôres exprimem o principio, que serve de base á esta excepção, pelo bem conhecido aphorismo:—*Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Sua interpretação é a seguinte: se alguem está obrigado á garantir-nos um direito em caso de evicção, nós o-podemos repellir por uma excepção, sendo que nos-conteste esse direito. Este principio applica-se tanto ao responsavel pela evicção, como á todos os seus successores e representantes, em virtude da outra regra—*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ips habet*. Na posição activa, o proprietario putativo é protegido com a *publiciana in rem*

III. Propriedade limitada pelo emphyteuse (366):
I. Dominio directo (397):
II. Dominio util (398), sujeito á consolidação:
I. Por effeito da opção (399):
II. Por commisso (400):
III. Por devolução (401):
IV. Propriedade commum (402):
I. No estado conjugal:

---

actio—, inventada pelo Pretôr Publicio, e com o mesmo caracter e effeitos da reivindicação—*ad instar proprietatis*. Já se vê, que esta acção é impotente contra o verdadeiro proprietario, que a-póde reppellir com a—*exceptio dominii*. Tal é a sentença de Paulo—*exceptio justi dominii publicianæ objicienda est*—L. 16 Dig.—*de public. in rem action*. Mas, se o verdadeiro proprietario, que exclúe a acção publiciana com a excepção de dominio, é o proprio vendedor da cousa, alheia ao tempo da venda, mas sua ao tempo da acção, em razão de têr succedido ao proprietario verdadeiro, o proprietario putativo reivindicante tem contra a excepção de dominio a réplica—*rei venditæ et traditæ*—L. 72 Dig. *de reivindic.*—L. 4ª § 32 Dig. *de dol. et met. except.*

(396) Art. 62 Consolid. É um direito real, que se-distingue dos outros, constituindo uma especie vulgar de propriedade.

(397) Art. 915 Consolid.

(398) Art. 915 Consolid.

(399) Arts. 616 e 617 Consolid.

(400) Arts. 625 e 626 Consolid.

(401) No caso da caducidade quanto aos aforamentos vitalicios, que não existem entre nós—Art. 631 Consolid.; no caso do Art. 1189 Consolid.

(402) A copropriedade ou condominio em geral— Arts, 946, 954, e 1166, Consolid.

I. Com regimen da communhão legal (403):
II. Com o regimen da communhão convencional (404):
III. Com o regimen dotal (405):
I. Dote inestimado (406):
II. Dote estimado (407):
II. Na communhão entre herdeiros antes da partilha:
III. Nas sociedades em geral;
V. Propriedade limitada pelos direitos reaes:
I. Desmembrada:
I. Pelo usufructo:
I. Usufructo legal:
II. Usufructo convencianal.
II. Pelo uso, e habitação.
III. Pelos censos (408).
IV. Pela superficie.
V. Pelos direitos no iuteriôr do solo, e seu espaço aéreo:
II. Gravada.
I. Pelas servidões reaes:
II. Pelas servidões pessoaes:
III. Affectada:

---

(403) Art. 111 Consolid. Neste regimen o marido, sem consentimento da molher, não póde alienar, hypothecar, e dar de aforamento, os immoveis do casal—Arts. 119 e 120 Consolid.

(404) Arts. 88 e 153 Consolid. O mesmo embaraço do caso antecedente.

(405) Art. 88 Consolid.

(406) Os bens dotaes são inalienaveis—Art. 122 Consolid.

(407) Dá á mulher um direito real de hypotheca—Arts. 123 e 1270 § 8º Consolid.

(408) Arts. 364 e 365 Consolid.

I. Pela hypotheca:
I. Hypotheca legal:
I. Hypotheca legal privilegiada (409) :
II. Hypotheca legal simples (410):
III. Hypotheca judiciaria (411):
II. Hypotheca convencional (412):
II. Pela antichrese (413):
VI. Propriedade revogavel, ou resoluvel (414):
I. Na venda (415):
I. Condições em geral (416):
II. Condições em particular:
I. Pacto commissorio (417):

---

(409) Art. 1270 Consolid.
(410) Art. 1272 Consolid.
(411) Art. 1272 § 6° Consolid.
(412) Art. 1279 Consolid.
(413) Art. 768 Consolid.
(414) Aquella, cuja continuação póde sêr interrompida pelo proprietario anterior, que por motivo particular tem direito de reivindica-la contra a vontade do actual proprietario. Falla-se da propriedade revogavel *ex tunc*, que dá lugar á applicação da regra—*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ou—*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*. A outra resolução *ex nunc* só dá uma acção pessoal. A venda, e a doação, contractos que tem por fim translação de dominio, são os dois casos mais communs, que motivão a revogação ou resolução.
(415) Equiparão-se ás vendas as trocas, e dações *in solutum*—Art. 595 §§ 2° e 4° Consolid.
(416) Art. 550 Consolid.
(417) Arts. 530 Not., e 532, Consolid.

II. Pacto de *retro* (418):
III. Pacto de *non alienando* (419):
IV. Pacto *addictione in diem* (420):
V. Pacto *protimeseos* (421):
II. Na doação:
I. Condições (422):
II. Superveniencia de filhos na que é feita entre marido e mulher (423):
VII. Propriedade rescisivel (424):

---

(418) Art. 551 Consolid.
(419) Art. 553 Consolid.
(420) Not. ao Art. 553 Consolid.
(421) Not. *ibidem* Consolid.
(422) Art. 420 Consolid.
(423) Art. 136 Consolid. O direito de revogar doações por motivo de ingratidão só dá uma acção pessoal—Art. 423 Consolid., Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 101.
(424) A acção de rescisão, e a acção de nullidade, tem por fim annullar convenções; mas uma não se-deve confundir com a outra. Entre a *nullidade* e a *rescisão* do contracto (Lobão Not. á Mell. Tom. 2° pag. 645) ha esta differença, que a nullidade opéra o mesmo como que se o contracto não existisse; e a rescisão o-suppõe valido, mas rescisivel. A nullidade produz seus effeitos *ex tunc* desde o dia do acto, e a rescisão produz *ex nunc*; e isto para diversos effeitos juridicos. O acto nullo não existe, e como concebêr que se possa rescindir o que não existe? O Direito Francez confunde a acção de nullidade com a de rescisão, o que tambem aconteceu no nosso Regul. Com. n. 737 Arts. 682 á 694. Estas acções nascem de contractos em certas circumstansias, e são pessoaes; mas como,—*cessante causa cessat effectus*—, a sentença, que annulla o contracto, restitue as cousas ao seu estado primitivo, e por conse-

I. Pelo beneficio de restituição:
I. Concedido á menores, e pessoas á elles equiparadas (425):
II. Concedido á ausentes (426):
II. Por erro nos contractos:
III. Por violencia, coacção, e temôr (427):
IV. Por dolo, fraude, e simulação (428):
V. Por lesão enormissima (429):
VI. Por vicios redhibitorios (430):
VIII. Propriedade annullavel (431):
I. Por defeito interno:
I. Em relação á pessoas que contractão, por incapacidade:
I. De menores:
II. De pessoas á elles equiparadas:

---

guinte o direito real á quem o-tinha. Os Jurisconsultos Francezes aconselhão, que se-demande logo a parte obrigada, e o possuidor dos bens, para que não seja preciso propôr uma acção depois de outra.

(425) Arts. 12, 30, e 41, Consolid.

(426) Art. 36 Consolid., Corr. Tell. Doutr. das Acç § 104.

(427) Arts. 355, 356, e 357, Consolid.

(428) Art. 358 Consolid.

(429) Arts. 360 e 567 Consolid. Na *lesão enorme* o comprador demandado tem o alternativo de restituir a cousa, ou de inteirar o justo preço.

(430) Arts. 557 e 559 Consolid. Neste caso o comprador, que propõe a acção, é quem possue a cousa, mas em virtude da acção a cousa reverte para o dominio do vendedor.

(431) Neste caso a nullidade deve ser demandada e julgada.

III. De menores supplementados, ou casados, que sem licença judicial não podem alienar e hypothecar immoveis (432):
IV. De mulheres casadas:
V. De maridos, quanto aos immoveis do casal (433):
VI. Em varios casos especiaes (434):
II. Em relação ás cousas, objecto dos contractos:
I. Ás cousas litigiosas (435):
II. Ás de heranças de pessoas vivas (436):
III. Aos immoveis dotaes (437):
IV. Em varios outros casos (438):
III. Em relação á causa dos contractos:
I. Falta de causa:
II. Causa falsa.
III. Causa illicita por prohibição da lei (439):
IV. Causa illicita por opposição á moral. 440:
II. Por defeito externo.
I. Falta de solemnidades instrumentarias:

---

(432) Art. 21 Consolid.
(433) Arts. 119 e 120 Consolid.
(434) Arts. 582 e 585 Consolid.
(435) Art. 344 Consolid.
(436) Art. 352 Consolid.
(437) Arts. 122, e 586 § 4°, Consolid.
(438) Arts. 570, e 586, Consolid.
(439) Como as doações de homem casado á sua concubina— Arts. 147, 426 á 429, e 1327 á 1329, Consolid.
(440) Art. 329 Consolid.

II. Falta de pagamento da siza (441):

IX. Propriedade nullamente adquirida (442):

I. Por defeito interno:

I. Nullidade de alienações feitas por Ordens Regulares, sem licença do Governo (443):

II. Nullidade de doações entre vivos de todos os bens sem reservado usu fructo, ou do necessario para subsistencia do doador (444.):

III. Nullidade de vendas feitas por pais á seus descendentes (445):

IV. Em varios outros casos (446):

II. Por defeito externo:

I. Falta de solemnidades instrumentarias substanciaes (447):

II. Falta de insinuação das doações (448):

---

(441) Art. 591 Consolid.

3.ª ED.

A siza está incluida no imposto de transmissão de propriedade, regulado pelos Decrs. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e n. 5581 de 31 de Março de 1874.

(442) Assim acontece, quando a nullidade é de pleno direito.

(443) Arts. 342, e 582 § 4º, Consolid.

(444) Art. 425 Consolid.

(445) Arts. 582 § 1º, e 583, Consolid.

(446) Arts. 582, 585, e 586, Consolid. Como as nossas leis não são claras, mesmo impondo o decreto irritante, é impossivel discriminar quaes as nullidades de pleno direito, quaes as dependentes de acção. O mesmo acontece quanto aos actos ou formulas do processo.

(447) Arts. 384 e seg. Consolid.

(448) Arts. 412, e 414 Not., Consolid.

II

Adquirida por successão hereditaria

I. Na successão legal:

I. Propriedade livre:

II. Propriedade de usufructo (449):

II. Na successão testamentaria:

I. Propriedade livre:

II. Propriedade gravada, e com encargos de restituições e condições:

III. Propriedade rescisivel, e annullavel, pelas mesmas causas, que podem viciar titulos entre vivos, além de outras causas privativas:

O que exigem de nós tantas, e tão sérias questões? Um estudo meditado. Que nos-falta para emprehendêl-o? Uma simples animação, e nada mais. Que resta fazer? Completar a obra encetada. E que maiór bem se-póde fazer á um povo, quando se-lhe-dá leis perfeitas, e justas? Tambem não ha facto mais glorioso, que possa immortalisar a memoria de um MONARCHA illustrado!

---

(449) Arts. 966 e seg. Consolid.

LEIS CIVIS

PARTE GERAL

TITULO I

DAS PESSOAS

Art. 1. As pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de succéssão para o tempo do nascimento (1). Veja-se o Direito — 76, p. 610 —

(1) Ord. L. 3° T. 18 § 7°, e L. 4° T. 82 § 5°. Generalisei as disposições dos Arts. 199, e 1015.

Nacitwrus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur —L. 7, e 26, Dig. *de stat. hom.*

A Lei lhes-conserva seus direitos para o tempo do nascimento, contanto que nasção vivos—L. 129, e 231, Dig. *de verb. signif.*

Eliminem-se as palavras—*de successão*—, porque, além deste direito, ha outros que a Lei lhes-conserva.

A posse em nome do ventre, de que falla a Ord. L. 3° T. 18 § 7°, e a Curadoria de pessoas por nascêr—*naciturí*—, podem tambem têr logar por *doação*, que se-lhes-tenha feito. Veja-se o Art. 43 do Cod. Crim.

Póde-se reconhecêr filhos naturaes ainda por nascêr, comtanto que já estejão concebidos—Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 14, Demolombe—*de la paternité* —ns. 414, e 415.

Art. 2. Prova-se o nascimento,e a morte, das pessoas pelos certidões de baptismo, e obito, extrahidas dos Livros Ecclesiasticos (2).

A alforria póde sêr concedida á escravo, que ainda exista no ventre materno. Se a mãi dér á luz dois ou mais filhos, a liberdade reputa-se dada á todos, embora o testadôr só tenha feito menção de um—L. 14 Cod. de fideicommiss. libertat.

3.ª ED.

O Regul. n. 3650 de 18 de Maio de 1866 Art. 9.° §§ 1.°, 3.°, e 4.°, em virtude do Decr. n. 3598 de 27 de Janeiro do mesmo anno Art. 11, providenciou á bem dos *nascituros* nos Districtos Policiaes da Côrte, em accôrdo com os preceitos medico-legaes, mandando:

Nos casos de verificação de molhér gravida, sendo *viavel o feto*, e sobretudo se a *prenhêz estivér em tempo proprio;* procedêr logo aos exames necessarios, e praticar as operações tendentes á *salvar o feto*:

No exame dos corpos dos nascidos mortos, sobretudo nos caso de *abôrto;* indicar nos attestados de taes obitos a *idade intro-uterina*, e causa do obito:

Havendo motivo de suspeitar *abôrto criminoso*, procedêr á *exame da parturiente* por ordem do Chefe de Policia.

Nesta parte, porém, comprehendida na da creação de Medicos encarregados de verificar os obitos, foi revogado o citado Regul. pelo Decr. n. 4361 de 8 de Maio de 1868.

Vid. o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, Art. 49 sobre os casos, de têr a criança nascido morta, de têr morrido na occasião do parto, ou dentro de trinta dias; e Art. 50 sobre a communicação de taes nascimentos pelo pai, e na falta delle pelos medicos, cirurgiões, parteiras; ou outras pessôas, que tenhão assistido ao parto

Cit. Regul. de 1874 Art. 51 n. 7°.—O assento do nascimento deverá contêr a declaração de que nasceu môrto, ou morreu no acto, ou logo depois do parto.

(2) Const. do Arcebisp. da Bahia (8 de Julho de 1707) L. 1° T. 20 § 70, e L. 4° T. 49 § 831, Dec. de 13 de Julho de 1832, e de 11 de Julho de 1838. Por identidade de razão o § 5° da Ord. L. 3° T. 25. A secularisação do registro dos nascimentos e obitos foi tentada pelo Decr. n. 798 de 18 de Junho

---

de 1851, que se-mandou suspendêr pelo de 29 de Janeiro de 1852.

Os nascimentos e obitos de pessoas não catholicas provão-se por certidões extrahidas dos respectivos Livros á cargo dos Escrivães do Juizo de Paz—Lei n. 1144 de 11 de Setembro de 1861 Art. 2°, e Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 31.

Provão-se tambem por certidões extrahidas dos respectivos Livros á cargo dos Directôres de Colonias, ou das Autoridades Superiôres dellas—Cit. Regul. Art. 19.

A morte do recem-nascido, ainda que elle só tenha vivido um instante depois de completamente separado de sua mãi, não dispensa o registro do nascimento; devendo-se declarar isso mesmo no respectivo assento, com todas as circumstancias tendentes á verificar se o fallecimento têve ou não logar depois do parto.—Cit. Regul. Art. 47.

Fazem prova igualmente dos nascimentos e obitos os traslados dos respectivos actos recebidos em suas Chancellarias pelos Consules Geraes, Consules, e Vice-Consules, dos paizes, que assim convencionárão com o Imperio—Convenção Consular com a França de 10 de Dezembro de 1860 Art. 6°, promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861; dita com a Confederação Suissa de 26 de Janeiro de 1861 Art. 8°, promulgada pelo Decr. n. 2955 de 24 de Julho de 1862; dita com a Italia de 4 de Fevereiro de 1863, Art. 6°, promulgada pelo Decr. n. 3085 de 28 de Abril do mesmo anno; dita com Portugal de 4 de Abril de 1863 Arts. 11 e 12, promulgada pelo Decr. n. 3145 de 27 de Agosto do mesmo anno; dita com a Hespanha de 9 de Fevereiro de 1863 Art. 9°, promulgada pelo Decr. n. 3136 de 31 de Julho do mesmo anno.

Os obitos de pessôas fallecidas na Cidade do Rio de Janeiro provão-se por certidões extrahidas dos respectivos Livros dos Cemiterios—Regul. n. 796 de 14 de Junho de 1851 Art. 24, dito n. 1557 de 17 de Fevereiro de 1855 Art. 64, dito n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 64.

3.ª ED.

Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 Tit. 2° § 2.°—São em si diversas a identidade dos nomes, e a identidade das pessôas—. D'aqui resulta, que as Certidões de baptismo não provão a identidade de pessôa. (A identidade de pessoa, note-se bem, só póde sêr provada por testemunhas, e para tal fim

observe-se a boa pratica de articulal-a no penultimo dos Artigos de Habitação).

Resol. de 18 de Março de 1812 (Coll. Nab.)—Pelos baptismos não podem os Parochos pedir cousa alguma sem nicorrêrem na pena de simonia, e só lhes-é permittido aceitar as offertas voluntarias dos fieis.

Decr. de 13 Julho 1832.—Os Parochos da Provincia de Minas passem Certidões de Baptismos, e Obitos (como outras proprias do seu Officio), independentemente de despacho de Autoridade Ecclesiastica.

Dito de 11 de Julho de 1838—A mesma providencia para o Municipio da Côrte.

Decr. n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 9.°—Os Facultativos em seus Attestados de Obito devem declarar o nome, e os cognomes, a naturalidade, idade, condição, estado, profissão, e morada, do finado; como a molestia de que falleceu, e o dia, e hora, do fallecimento.

Av. n. 407 de de11 Setembro de 1869—Em conformidade do antecedente Decr. n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 9."

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, Art. 8° § 5.°—Os Parochos devem têr livros especiaes para o registro dos *nascimentos* e *obtios* dos filhos de escravas, nascidos dêsde a data desta Lei.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 2°, 3°, e 4.°—Sobre os assentamentos de baptismo dos filhos livres de molhér escrava, seus erros, e suas rectificações.

Decr. n. 5339 de 16 de Julho de 1873—Proroga por seis mezes, que findaráo em 20 de Fevereiro de 1874, o prazo marcado para a execução das Convenções Consulares á cima citadas com a França, Suissa, Italia, Hespanha, e Portugal.

A Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870, que mandou proceder ao recenseamento da população do Imperio, autorisou em seu Art. 2° o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 sobre o registro civil dos *nascimentos e obitos*, com o dos casamentos; e pelo Art. 1° d'esse Regul. os respectivos assentos *certificão os factos do nascimento, e da morte.*

Os Arts. 48 á 55 desse Regul. de 1874 regulão o registro dos *nascimentos no territorio do Imperio* á cargo do Escrivão de Paz do districto da familia.

Os Arts. 67 á 72 desse Regul. de 1874 regulão o registro dos *obitos no territorio do Imperio*, á cargo do Escrivão de Paz do districto do fallecimento.

Art. 3. Os nascimentos, e obitos, em viagem de mar serão provados pelas cópias authenticas dos termos, que, por occasião de taes accidentes, deve fazêr o Escrivão dos navios de guerra, ou o Capitão ou Mestre dos navios mercantes (3).

Art. 4. Os de Brazileiros em paiz estrangeiro provão-se pelas Certidões dos Registros Consulares (4).

Os Arts. 76, 77, e 78, desse Regul. de 1874 regulão o registro dos obitos:

Em prisão,

Em qualquer outro estebelecimento publico,

De pessôas encontradas accidental ou violentamente mortas,

De pessôas mortas em virtude da execução de sentença, que o mesmo Regul. chama *sentença de pena capital*, como se hoje aos enforcados, e arcabusados se cortasse a cabeça. Sendo figurada, não póde aqui por abundante passar a expressão, porque allude á *capitis dominutio* do Direito Romano.

Os Arts. 51 n. 3° e 55, desse Regul. de 1874 regulão os assentos de nascimento dos *gemeos* á respeito dos quaes consulte-se a Not. ao Art. 976 § 1 *infra*.

(3) Regim. Consular n. 520 de 11 de Junho de 1847 Arts. 118 á 122, Cod. do Com. Arts. 501, e 504.

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no Decr. n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Arts. 117 á 121.

Sobre os *nascimentos, e obitos em viagem de mar*, a ultima legislação é a do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Arts. 56 á 59, e Art. 73.

(4) Cit. Regim. Consular de 11 de Junho de 1847 Arts. 171, 172, 178, 181, 182, e 225.

As cinco Convenções Consulares citadas ao Art. 2° são reciprocas. As declarações de nascimentos e obitos, que no Imperio podem tomar os Consules dos paizes que celebrárão taes Convenções, podem nesses paizes tomar os Consules do Imperio á seus nacionaes.

Art. 5. Serão todavia valiosos os actos de nascimentos e obitos de Brazileiros, ou de estrangeiros, feitos em paizes estrangeiros, se estiverem na fórma das Leis desses paizes, e legalisados pelos respectivos Agentes Consulares ou Diplomaticos nelles residentes (5).

Art. 6. Os obitos dos militares podem sêr provados pelas Certidões dos Livros dos Hospitaes fixos, ou ambulantes, em conformidade das Leis em vigôr (6).

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no cit. Decr. n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Arts. 169, 183, 186, e 187.

Sobre o registro dos nascimentos e obitos de Brazileiros em campanha, dentro ou fóra do Imperio, a ultima legislação é a do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Arts. 60, 61, 74, e 75. O cit. Art. 61 designou o Escrivão do Juizo de Paz do 1º Districto da Freguezia—do Sacramento do Municipio da Côrte—para os assentos, em que não se-declararem os nomes, e a residencia, ou ao menos a residencia dos pais. O cit. Art. 75 refere-se á esse Art. 61 sobre os assentamentos, quando os obitos se-derem em batalhas, e combates, e porisso não possão ser consignados no registro dos Corpos e do Commando em chefe.

O Art. 76 desse mesmo Regul. de 1874 (Not. ao Art. 2 *supra* tambem designa o Escrivão do Juizo de Paz do 1º Districto da Freguezia do—Sacramento do Municipio da Côrte—para o assentamento do obito no caso alli previsto.

Sobre os *assentos de obitos occorridos em Hospitaes* veja-se o Art. 76 do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874.

(5) Cit. Regim. Consular de 11 de Junho de 1847 Art. 176.

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no Decreto n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Art. 181.

(6) Alv. e Regim. de 27 de Março de 1805 T. 7º Arts. 27 e 28, Alv. de 14 de Junho de 1816, Port. de 24 de Fevereiro de 1824, Regul. de 17 de Fevereiro de 1832 Art. 18, Regul. de 9 de Dezembro de 1833 Art. 50.

Art. 7. Na falta de Certidões de baptismo, póde-se provar a idade por documentos, ou por outras quaesquer provas legaes (7). O pai ou a mãi, em tal caso, podem sêr testemunhas; mas serão cridos, como pessoas suspeitas (8).

Art. 8. As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil (9).

---

(7) Lei de 24 de Setembro de 1829. Até se-prova pelo aspecto, ou physionomia—Ord. L. 2º T. 54, Lei de 11 de Outubro. 1837 Art. 4º.

Não constando os assentos de baptismo dos Livros Ecclesiasticos, ou tendo-se estes perdido, ou não estando os assentos em devida fórma; as partes interessadas produzem justificações na Camara Episcopal, para que, provado quanto baste, se-abrão novos assentos, de que se-tirem certidões.

3.ª ED.

Avisos, n. 8 de 5 Janeiro de 1865, e n. 237 de 15 de Julho de 1874—As jutificações de idade devem sêr produzidos perante o Juizo Ecclesiastico, que só é competente para isso.

Av. n. 398 de 28 de Outubro de 1874— Para o fim previsto no Art. 4º da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, a certidão de baptismo, authentica e devidamente reconhecida, prevalece sobre a declaração da matricula, quanto á *idade do menor*.

(8) Ord. L. 3º T. 56 § 1º.

(9) Res. de 31 Outubro de 1831, Av. de 28 de Novembro de 1834. Existe a pratica de obrigar os que se-tornão maiores á prestar uma justificação inutil de capacidade, e á tirar Carta de emancipação. É abuso, contra o qual pronuucia-se o Av. n. 16 de 8 de Janeiro de 1856.

« Nesta Capital (Rebouças Observ. á esta Not.) não existe a pratica, á que se allude. »

A Nota refere-se á pratica em geral, e não á desta Côrte. Que deu-se o abuso, prova o mencionado Av. de 8 de Janeiro de 1856.

« Attingindo o orphão a idade de 21 annos (palavras do Av.), e provado este facto, deve sêr tido por emancipado, e apto para todos os actos da vida civil, independentemente de habilitação,

Art. 9. Exceptuão-se os Expostos, que logo aos vinte annos completos são havidos por maiores (10).

---

ou formal e expressa emancipação; sendo que a capacidade não carece de prova, porque é uma presumpção estabelecida pela Resol. de 31 de Outubro de 1831, e que só póde sêr destruida pelos meios, e fórma, que as leis tem marcado para os maiores em geral. »

O abuso explica-se, porque tal era a pratica anteriôr, como do proprio Av. vê-se pela duvida, que elle resolveu, e confirma-se pela Not. 327 das Linh. Orphanol. de Per. de Carv.

Na Not. ao Art. 16 se-diz que, as nossas leis confundem o supplemento de idade com a emancipação; e tambem deve-se dizêr, que confundem a emancipação com a maioridade.

(10) Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8.°

« O citado Alv. (Rebouças Observ. á esta Nota) trata tão sómente dos Expostos do Hospital da Casa de Misericordia de Lisboa, e portanto é lei peculiar ao Reino de Portugal, que não contém regra de direito, nem póde têr execução no Imperio pela Lei de 20 de Outubro de 1823, etc. »

Esta Lei de 20 de Outubro de 1823 não decide a questão, porque declarou em inteiro vigôr as Leis Portuguezas promulgadas até o dia 25 de Abril de 1821, que não tivessem sido revogadas. A questão é, se o Alv. contém, ou não, regra de direito, e a affirmativa parece evidente. Abreviou-se o termo da menoridade dos Expostos, não por alguma consideração local, relativamente á Casa de Misericordia de Lisboa; mas unicamente pela qualidade das pessoas, de que se tratava. Para os Expostos, encurtando-se o tempo da sua menoridade, não ha perigo, visto que nada possuem; dando-se-lhes por outro lado uma compensação de sua má sorte, para mais depressa procurarem meios de vida. Não ha nisto *privilegio*, que incorra na censura da Constiuição do Imperio, porque não é lei de privilegio a que refere-se á uma classe inteira de pessôas. Se assim não fosse, condemnariamos uma grande parte do Direito Civil como legislação de privilegios. Que o § 8° do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 contém uma disposição generica para todos os Expostos, vê-se em Per. do Carv. Linh. Orphanol. § 171 e Not. 331.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 53 — Sendo *exposto*, declarar-se-ha (no assento de nascimento) o dia, mez,

---

e anno, e o logar, em que foi expôsto; a hora em que foi encontrado, a sua idade apparente; e o envoltorio, roupas, e quaesquer outros objectos, e signaes, que tivér, e que possão á todo o tempo fazêl-o reconhecêr.

O Cod. Orphanol. de Suzano Not. 123, e a Miscel. Jurid. de Rodrigues vb. *Menoridade*, aceitão minha generalisação do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8° pelo facto de o-citarem só, e não qualquer outra disposição, ou autoridade; dizendo o primeiro: — Os *Expostos* são havidos por maiores, logo que tem vinte annos completos; — e o segundo: — A idade do vinte annos completos é bastante para a emancipação dos *Expostos*.

Continúa, porém, á discrepar o respeitavel Autôr (Rebouças Observ. á Consolid.) á quem já respondi na 2ª Ed. Eis minha treplica:

1.° « Pelas quaes o Brazil se-governava até 25 de Abril de 1821 », disse o Art. 1° da Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823, para excluir as leis posteriôres á essa data de 1821, não mencionada em sua Tabella annexa, á que refere-se o Art. 2°: O Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8° é muito anteriôr á essa data: Logo, não foi excluido pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823:

2.° « Os direitos, não para pessôas singularmente, mas em geral, se-constituem », disse a Lei 8ª Dig. *de legib.*, para impedir interpretações de odio ou favôr em relação á individuos: Eu generaliso o § 8° do Alv. de 31 de Janeiro de 1775: Logo, não sou impedido por essa Lei Romana, antes a-observo:

3.° « *Direito singular* é o introduzido contra o racional theôr, por alguma utilidade, com autoridade dos constituintes », disse a L. 16 Dig. *cod. tit.*, para distinguir entre Leis de aspectos individuaes, e de aspectos geraes: O Alv. de 31 de Janeiro de 1775 Art. 8° é lei de aspecto geral, menos geral em relação aos Expostos do Hospital de Lisboa, mais geral em relação aos Expostos: Logo, não cabe ao caso essa outra Lei Romana:

4.° « Disposições para Repartições ou Estações particulares não podem sêr generalisadas, » disse Borg. Carn. Dir. Civ. Introduc. Part. 2ª § 12 n. 29, para tolhêr generalisações de uma cousa á outra cousa, ou de uma pessoa á outra pessoa. Não considero o Hospital de Lisboa, não considero algum Exposto desse Hospital; considero uma classe de pessôas, considero todos os *Expostos*. Logo, não me-prende a doutrina do citado Jurista:

5.° « Generalisem-se as providencias do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 á bem dos *Expostos* » desejou Per. de Carv. Linh. Orphan. Not. 222, porque a generalisação é possi-

Art. 10. A disposição do Art. 8. não é applicavel aos filhos-familias, emquanto não ficarem legalmente isentos do patrio podêr (11). (Arts. 201 e 202)

---

vel no aspecto geral de criaturas engeitadas, e pela *bôa razão* do legisladôr e do interprete. Se generalisou esse Orphanologista dos Expostos do Hospital de Lisboa para todos os Expostos de Portugal, generaliso eu dos Expostos de Portugal, para os Expostos do Brazil; e fiz ainda mais, porque os-reputei maiores aos vinte annos completos sem dependencia da prova de capacidade indicada pelo mesmo Orphanologista Not. 331, visto dizêr o § 8° do cit. Alv. de 1775 :—E logo que tivérem vinte annos completos, serão havidos por emancipados *sem embargo da Ord., qne o contrario determina*— :

6.° Não só generalisei o § 8° do questionado Alv., como tambem o § 4° no Art. 275 *infra* Consolid. Recusais essa outra generalisação ? Recusais o Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5° § 1°, e de 25 de Agosto de 1774 § 16 (Consolid. Arts. 452, 453, e 454), aliás concernentes ao Deposito Publico de Lisbôa e do Porto ? Não vêdes os favôres aos *Expostos* no Art. *infra* 1126, e nos Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6° n. 1°, e 3581 de 31 de Março de 1874 Art. 13 n. 1°, quanto ao imposto de transmissão de propriedade ? E os privilegios aos maridos, e filhos, das Amas dos *Engeitados* no Alv. de 9 de Novembro de 1802 ?

Ha dois processos para o entendimento humano, sem os quaes a elaboração scientifica do Direito não daria um passo. O da *deducção* para das leis genericas tirar regras especificas, o da *inducção* para das leis especificas tirar regras genericas. Este ultimo é mais frequente, porque as leis se-tem feito na relação particular dos casos occurrentes, como reconhece o proprio Alv. de 31 de Janeiro de 1775 em seu preambulo :—Que sendo o decurso dos tempos sujeito ás grandes alterações, que vem á fazêr necessarias muitas novas, e não cogitadas, providencias, etc.—Para a *deducção*, o proverbio—*generalis dispositio omnes species sub se contentas comprehendit*—. Para a *inducção*, este outro—*Ratio ubi est eadem, debet esse eadem juris dispositio*—.

(11) Ord. L. 4° T. 81 § 3° *ibi—de qualquer idade que seja* —Quanto aos direitos politicos, a Const. Art. 92 tambem faz esta distincção.

Art. 11. Os menores são especialmente protegidos pela Lei (12), a administração de suas pessoas e bens será encarregada á Tutores e Curadores (13), sob a privativa jurisdicção dos Juizes dos Orphãos (14), e dos Juizes de Direito em correição (15).

Os Arts., 1° n. 3°, e 26, do Cod. do Com., fallando distinctamente dos filhos-familias, que podem sêr commerciantes, confirmão a exactidão do têxto. Vid. Art. 205 Consolid.

(12) Os favôres, de que gozão os menores, serão indicados nos logares proprios.

3ª ED.

Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8.° pag. 187) de 23 de Junho de 1875— O Reg. n. 3784 de 19 de Janeiro de 1867, pôsto que se refira aos orphãos filhos de colonos, nada alterou, nem podia alterar, nos principios geraes de Direito ; devendo-se, portanto, entendêr, que ao Juiz de Orphãos compete a defeza dos filhos menores de colonos.

Os *Indios* equipararão-se aos menores, porque o Decr. de 3 de Junho de 1833, Av. de 13 de Agosto de 1834, de 31 de Julho do mesmo anno, e Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5. § 12, encarregarão aos Juizes de Orphãos a administração dos bens á elles Indios pertencentes. Vid. Not. ao Art. 1322 *infra*.

(13) Ord. L. 4° T. 102, e T. 104 § 6°, Av. de 19 de Agosto de 1835, e n. 71 de 14 de Abril de 1847.

(14) Ord. L. 1 . T. 88, e T. 89, excitadas pelo Alv. de 24 de Outubro de 1814 ; Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4 , e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Arts. 4 e 5.

3ª ED.

Pelo Art. 24 § 1° da Lei da Reforma Judiciaria n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 foi mutilada a privativa jurisdicção dos Juizes dos Orphãos, pois que no julgamento em 1ª instancia de todas as causas civeis nas respectivas Comarcas, que compete aos Juizes de Direito, inclúe-se o julgamento de partilhas, contas de Tutôres ; bem como qualquer outra decisão definitiva, que ponha termo á causa em 1ª instancia.

(15) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5° Secç. 1ª. Anteriormente a Ord. L. 1° T. 62 §§ 28 á 38.

Art. 12. O *beneficio de restituição* é concedido aos menores para podêrem rescindir os actos extrajudiciaes, e judiciaes, em que fôrem lesos durante o tempo da menoridade (16).

O Juizo de Orphãos da Côrte está isento da correição—Art. 57 § 3º do Regul.

3.ª ED.

« Não ha duvida que as correições continuão » Consulta da Secção do Conselho d'Estado dos Negocios da Justiça, sobre a qual foi expedido o Av. n. 201 de 9 de Julho de 1872. A duvida foi, se, á vista da Reforma Judiciaria da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, continuavão em vigôr as *correições*, como fôrão estabelecidas pelo Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851!

(16) Ord. L. 1º T. 88 § 28, L. 3º T. 20 §§ 19 e 32, T. 21 § 22, T. 41 princ. e §§ 1º, 2º, e 7º; T. 42 §§ 1º, 3º, e 4º; T. 86 § 6º, T. 88, L. 4º T. 61 § 7º, T. 79 § 2º, T. 96 § 21, Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848.

Mas os menores, e os filhos-familias commerciantes, não podem allegar o beneficio de restituição quanto aos actos ou obrigações do seu commercio—Cod. Com. Art. 26.

Os menores em geral (excepção da regra estatuida no têxto) não podem allegar o beneficio de restituição nas liquidações de sociedades commerciaes, e nos casos de quebra—Cod. do Com. Arts. 353 e 911, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 594, e 679.

Fóra destes casos podem allega-lo no Juizo Commercial—Cit. Regul. n. 737 Arts. 577 § 8º n. 1º, 578 § 3º, 579 § 4º n. 1º, e 679.

3.ª ED.

Ass. de 30 de Agosto de 1779—O damno e *lesão* é o fundamento da *restituição*.

O *beneficio de restituição* é um direito da classe dos *direitos restitutorios*, estes são uma parte dos *direitos rescisorios*, estes são uma parte dos *direitos relativos*, estes são uma parte dos *direitos* divididos na sua *comprehensão*, sendo a outra parte nesta summidade os *direitos absolutos*. Vid. Introd. *supra* pag. 98.

Os do *beneficio de restituição* não são da classe do *Jus Singulare* definido na L 16 Dig. *de legib.*

Art. 13. Este beneficio é extraordinario, só se-concede em falta de remedio ordinario; e nos casos, e pela fórma, que o Direito determina (17).

---

(17) Ord. L. 3º T. 41 §§ 2º e 7º. Refere-se ao Direito Romano. Os menores não são soccorridos contra a disposição da Lei—Alv. de 15 de Setembro de 1696.

—*Em falta de remedio ordinario*, isto é, quando a lesão não póde sêr reparada por outro meio judicial; particularmente quando o acto é nullo, ou annullavel, caso em que a lesão póde sêr reparada por acção de nullidade, ou pela allegação de nullidade em defeza—L. 16 princ. e §§ 1º e 3º Dig. *de minorib. O benefico de restituição* suppõe, que o acto é válido, mas que foi lesivo,—*minor non restituitur tanquam minor, sed tanqam læsus*—.

—*Nos casos*, isto é, quando se-tem dado lesão de alguma importancia (abaixo da *lesão enorme*), ou pelo menos se-esteja expôsto á soffrê-la—L. 4ª Dig. *de in integ. restit.*, L. 9ª princ., e L. 49 Dig., *de minorib.*, L. 9ª § 4º Dig. *de jurejur.*, L. 5ª princ. Cod. *de in integ. restitut. minor.*

Esta regra tem as seguintes excepções:

1.º Quando o menor com intenção fraudulenta declarou-se maior—L. 1ª e 3ª Cod. *si min. se maj. dix.*

2.º Quando já tem obtido supplemento de idade—L. 1ª Cod. *de his qui ven. ætat. impetr.* Excepção prevista no Art. 22 Consolid.

3.º Quando, depois de maior, ratifica o acto, expressamente ou tacitamente—L. 1ª e 2ª Cod. *si maj. fact. rat. hab.*

4º Quando, sendo já pubere, confirma o acto por juramento—L. 1ª Cod. *si adv. vendit.*

O menor só póde demandar a restituição contra a pessôa, com quem tem feito o contracto lesivo, e herdeiros desta; mas em regra não póde allega-la contra terceiro possuidôr da cousa—L. 3ª § 2º Dig. *de Senatus Cons. Maced.*, L. 11 § 7º, e 12 Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*, L. 6ª e 7ª Cod. *de in integ. restitut. min.*

Excepções desta regra—L. 9ª, 13 § 1º, 14, e 38 § 1º, Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*
Tambem não póde allega-la contra seu pai e mãi, com quem tenha contractado—L. 2ª Cod. *qui et adv. quos in integ. restitut.*
Quando tenha outro menor por adversario, só póde allega-la, se este locupletou-se com o acto lesivo—L. 11 § 6º, e 34 princ., Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*
—*E pela fórma,* isto é, por acção ou por excepção—L. 9ª § 3º Dig. *quod metus causa,* L. 9ª § 4º Dig. *de jurejur*; e portanto por embargos na execução—Ord. L. 3º T. 86 § 6º, e T. 87 § 2º, Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 883.

3.ª ED.

Ord. L. 3º T. 80 § 3º.—A restituição não vem por via geral, mas por graça, e *privilegio especial outorgado particularmente*; salvo se a cousa em questão fôr *individua,* que não possa sêr *partida*; porque então, sendo cousa que em si não padece *partição* ou *divisão,* a *restituição* dada á um aproveitará aos outros necessariamente. Vid. Per. e Souz. Linh. Civ. Nots. 615 e 883, e Mott. Apontam. Jurid. vb. *restituição.*
« E isto se-entende (Suzano Cod. Orphan. pag. 119), quando o Feito fosse tratado pelo Tutôr ou Curadôr do menór; então não ha restituição, ha inteira nullidade, *e d todo o tempo* ».
Provavelmente houve engano neste dizêr final—*e d todo o tempo*—, porquanto a acção de nullidade prescreve em trinta annos—Corr. Tel. Dig. Port. L. 1.º ns. 247 e 1341.
« *Mas não é dada* (Suzano Cod. Orphan. Not. 114 Part. 1ª) *a sentença em seu favôr, salvo em idade infantil.* E tendo o menor remedio de nullidade, não póde pedir o da restituição—Repert. vb. Menor, quando trata algum feito sem autoridade do Tutôr ou Curadôr, a sentença contra elle dada é nulla ».
Outro engano, porque, se a sentença não se-désse em favôr do menor na acção de nullidade, fôra dar e negar ao mesmo tempo, fôra inutilisar a acção de nullidade. Não diz isso o Repert. no logar citado. O que diz é, e por demais, que a disposição da lei só procede, quando a sentença é dada contra o menor; não quando dada em seu favôr, porque então é valida. Clarissimo, porque, sendo vencedôr na causa corrida sem autoridade do Tutôr ou Curadôr, não tem motivo

Art. 14. A restituição póde sêr requerida até a idade de vinte e um annos, e mais quatro annos, que são vinte e cinco; e ainda depois, se por legitimo impedimento os menores forão privados de a requerêr (18). (Art. 857)

para demandar por acção de nullidade; por outra, só ha nullidade em proveito do menor, não do seu adversario. Isto mesmo já na 2ª Ed. havia dito o periodo final da Not. *infra* ao Art. 26.
O Repert. limita em seguida sua advertencia, quando o menor demandou em *idade infantil,* isto é, com menos de sete annos (Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º Tit. 26 § 122 n. 2); mas eu rejeito esta limitação como evidentemente erronea, porque os dois casos só varião na especie de nullidade; no do *menor não infante,* a nullidade da *falta de Tutôr ou Curador* (Arts. 25 e 26 *infra* Consolid.); no do *menor infante,* a nullidade mais grave da *falta de discernimento.*
« Concedida a restituição contra a sentença (Suzano Cod. Orphan. pag. 120 e Not. 115 Part. 1ª), suspende-se logo a sua execução até decisão da restituição. Mas, estando já feita a execução, permanece até que *se-annulle* a sentença executada, ainda que seja de partilha ».
Outro engano no dizêr—*se-annulle,*—porque, no figurado caso, o menor irá demandar por acção ordinaria a *restituição,* e não a *nullidade.*
Todas as *acções de nullidade* são *rescisorias,* expressão vulgar do nosso Fôro, expressão legalmente autorisada pelo Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1750 Art. 681 § 4º, contra o falso proverbio—*nullum quod est rescindi non potest*—; mas todas as *acções rescisorias* não são *de nullidade,* como prova o caso da restituição demandada por acção ordinaria, quando não é possivel conseguil-a por embargos. Veja-se Not. *infra* ao Art. 1179, onde addicionei o adverbio—*aqui*—entre as palavras—*a rescisão suppõe*—. Os *direitos rescisorios* são *annullatorios ou restitutorios,* de que fallei na Not. *supra* ao Art. 12.
Sobre os 24 casos da Not. 117 de Suzano Cod. Orphan. Part. 1ª, nos quaes não se-concede a restituição, ninguem os-admitta sem meditar.

(18) Ord. L. 3º T. 41 § 6º, harmonisada com a Resol. de 31 de Outubro de 1831; cit. Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848.

Art. 15. Estão sujeitos á indemnisação da lesão, que os menores soffrêrem, não só os bens de seus Tutores ou Curadores, culpados ou negligentes; como subsidiariamente os dos Juizes, que taes Tutores nomeárão ou confirmárão (19).

Art. 16. Antes de terminada a menoridade é licito aos menores requerêr Provisão de supplemento de idade, se tiverem chegado á vinte annos sendo varões, e á dezoito sendo do outro sexo (20).

Art. 17. O supplemento de idade será concedido pelo Juiz de Orphãos, precedendo as diligencias e informações necessarias sobre a capacidade do menor para regêr seus bens (21).

3.ª ED.

« Deve o menor (Suzano Cod. Orphan. pags. 120, 121, e Not. 116 Part. 1ª) pedir a restituição até quatro annos depois que chegar á idade de 21; e d'ahi para diante, só no caso de têr estado legitimamente impedido. *Ou se pedir incidentemente*—Repert. vb. *Menor.* »

Não vejo esta ultima excepção no Repert. Se, passado o quatriennio, só a-póde pedir no caso de legitimo impedimento; em nenhum outro caso póde pedil-a, e consequentemente no de *pedil-a incidentemente.*

(19) Ord. L. 1° T. 88 §§ 3°, 16, 18, e 24; L. 3° T. 41 §§ 3° e 9°, e L. 4° T. 102 § 8° *in fin.* Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.°

(20) Ord. L. 1° T. 3° § 7°, T. 88 §§ 27 e 28, L. 3° T. 42 princ. e § 1°, Regim. do Desemb. do Paço § 13, Alv. de 24 de Julho de 1713. As nossas leis confundem o supplemento de idade e a emancipação, como vê-se no final do § 3° da Ord. L. 3° T. 9.°

(21) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Av. de 15 de Fevereiro de 1838, de 5 de Novembro de 1840, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 2°. As Provisões de supplemento de idade pagão o imposto da Tabella da Lei de 30 de Novembro de 1841 § 39, mas ha nisto a incerteza que póde-se vêr nas observacões ao Art. 203 *infra*.

Art. 18. O casamento habilita o orphão menor para recebêr seus bens, e estes ser-lhe-hão entregues, tendo dezoito annos, se houvér casado com autorisação do Juiz (22).

Art. 19. Não tendo havido autorisação do Juiz, a posse e administração dos bens lhe é negada até chegar á idade de vinte annos sendo que o casamento fosse desvantajôso, segundo a qualidade do menor, e sua fortuna (23).

Art. 20. Do mesmo modo proceder-se-ha com aquelle, que sem autorisação do Juiz casar com alguma orphã; salvo se o Juiz ordenar, que lhe-sejão os bens entregues, justificando o

---

3.ª ED.

Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 12—Sem constar do pagamento dos Novos Direitos na Estação competente não se-expeção estas concessões (as de supplemento de idade e outras).

Tabella annexa ao Regul. de 25 de Janeiro de 1832—As Provisões de supplemento de idade pagão 540 rèis de Novos Direitos.

Av. n. 26 de 11 de Março de 1846—Expeção-se Cartas e Provisões (Titulos de supplemento de idade e de emancipação) iguaes ás que passavão os Tribunaes extinctos pela Lei de 22 de Setembro de 1828.

Sobre a *capacidade* diz o têxto, mas em sentido vulgar, e não no juridico de *capacidade civil.*

Esse vulgar sentido vem no § 1° do Alv. de 28 de Abril de 1681, o qual diz: A *capacidade* notoria deve-se regular, ou pela satisfação, que (Carcereiros) tiverem dado em algumas occupações semelhantes; ou pela que houvér mais constante de sua vida, e costumes, etc.

(22) Ord. L. 1° Tit. 88 § 27.

(23) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 19.

3.ª ED.

Liga-se este Art. 19 com os Arts. 107, 108, e 109, *infra.*

pretendente capacidade para regê-los, e merecendo por sua probidade e boa conducta tal concessão (24).

Art. 21. O menor, que obtivér supplemento de idade, ou fôr casado de idade de vinte annos, será de então em diante havido por maior; mas não se-lhe-permitte sem consentimento do Juiz alienar, ou hypothecar, bens de raiz, pena de nullidade dos contractos (25).

---

(24) Ord. L. 1° T. 88 § 19, Regim. do Desembargo do Paço § 79, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 8°, Av. n. 271 de 16 de Dezembro de 1852, Por tal concessão paga-se meio por-cento dos bens entregues—§ 40 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841.

Paga-se esse meio por cento, ou o casamento sem licença seja feito com orphão, ou orphã—Av. n. 213 de 22 de Junho de 1857.

3.ª ED.

Av. n. 182 de 23 de Julho de 1859—Approva a não entrega da legitima de uma orphã, que se casou sem licença do seu Juiz.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—Págão sello proprocional ordens para entrega de bens de orphão, casado sem licença.

(25) Ord. L. 1° T. 88 § 28, L. 3° T. 42 §§ 1° e 2°, Regim. do Desemb. do Paço § 93, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 3.° Mas os menores commerciantes podem validamente alienar e hypothecar seus bens de raiz—Art. 26 do Cod. do Com., e Art. 2° § 5° da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864. Quanto á direitos politicos, a Const. do Imp. Art. 92 § 1° tambem exceptúa os casados, porém com a differença de exigir 21 annos. A qualidade de Bachareis Formados, e de Clerigos de Ordens Sacras, não carece de declaração depois da Resol. de 31 de Outubro de 1831, porque ninguem póde sêr Bacharel, ou Clerigo, sem têr 21 annos.

A prohibição de alienar ou hypothecar bens de raiz sem consentimento do Juiz é extensiva á menores supplementados

Art. 22. Supprida a idade, ou sendo casado o menor, e de idade de vinte annos, cessa o beneficio da restituição; e não o-póde mais implorar, ainda que seja leso em qualquer con-

---

de um e outro sexo, como resulta claramente da Ord. L. 3° T. 42 § 2° *ibi—em idade de vintes annos ou de dezoito—*.

Será porém extensiva á menores casados de um e outro sexo com a idade de vinte annos? Tem-se entendido, que a Ord. L. 1° T 88 § 28 só é applicavel á maridos menores, e não á hypothese de casar a menor com marido *sui juris*. Taes são nossos costumes.

Ora, tal intelligencia não acha apoio na legislação em vigôr, e na doutrina dos Commentadôres, com se-póde vêr em Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 29 § 257 n. 17. E na verdade, se a menor supplementada, como é expresso no § 2° da citada Ord. L. 3° T. 42, não póde sem licença alienar bens de raiz, segue-se, que, passando á casar nesse estado, não póde dar outorga á seu marido para alienação de taes bens.

Se esta consequencia é irrecusavel no caso da molhér supplementada, dá-se força de maior razão quando ella não o fôr, ainda mesmo que já tenha a idade de vinte annos.

Objectar-se-ha, que a razão é maior ainda, se a molhér não supplementada tivér menos de vinte annos, ou tivér menos de dezoito, caso em que o supplemento de idade não é possivel, e que a Ord. L. 1° T. 88 § 28 não faculta o remedio da licença nestas hypotheses.

Mas a duvida se-desvanece pela leitura do § 93 do Regim. do Desemb. do Paço, que diz assim:—Supprir idade ás molhéres para poderem vendêr bens de raiz, sendo contentes seus maridos—Estas palavras passárão textualmente para a Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 3°; e dellas resulta, que a licença judicial póde sêr requerida em todos os casos de alienação ou hypotheca de bens de raiz por homem casado com molhér menor, ainda que esta não esteja na hypothese da Ord. L. 1° T. 88 § 28 e L. 3° T. 42 § 2°, que só faltão do supplemento de idade.

A novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 não tem alterado a disposição do texto. Diz seu Art. 2° § 4°, quanto á capacidade para hypothecar:—« Só póde hypothecar, quem póde alhear—».

C. L. C.

tracto posteriormente feito (26), e mesmo no judicialmente autorisado sobre bens de raiz (27).

Art. 23. A restituição comtudo aproveita aos conjuges, uma vêz que um delles seja menor de vinte annos (28).

Art. 24. Se fôr devida alguma cousa ao menor com a condição de a-podêr havêr quando tivér idade cumprida e legitima, o supplemento de idade nada influirá em tal obrigação (29).

Art. 25. O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de doze annos, serão activa e passivamente representados em Juizo por seus Tutores (30). (Art. 461)

---

(26) Ord. L. 3° T. 42 §§ 1° e 3°. Para os actos anteriores parece, que o quadriennio da restituição deve corrêr dos vinte annos.

L. 1ª Cod. *de his qui ven. ætat impetr.* Vid. Not. ao Art. 13.

(27) Ord. L. 1° T. 88 § 28. Foi inutil portanto a declaração do Art. 26 do Cod. do Com., negando o beneficio de restituição aos menores commerciantes.

Não foi inutil a declaração do Art. 26 do Cod. do Com., porque, além dos menores supplementados, e casados, com idade de vinte annos, que são os designados no Cod. do Com. Art. 1° n. 2° ; tambem podem sêr commerciantes filhos-familias, que tenhão mais de dezoito annos de idade com autorisação dos pais por escriptura publica—Cit. Cod. Art. 1° n. 3°.

(28) Ord. L. 3° T. 42 § 4°.

(29) Cit. Ord. L. 3° T. 42 § 5°.

(30) Ord. L. 3° T. 29 § 1°, T. 41 § 8°, e T. 63 § 5.°

São estes os *menores impuberes*, e as leis citadas declarão sua *incapacidade absoluta*; mas incompletamente, porque o-fazem em relação unicamente á *negocios judiciaes*.

Quanto á *negocios extrajudiciaes*, não temos lei civil, que proclame em geral a incapacidade dos impuberes. É somente declarada quanto á procuração pela Ord. L. 3° T. 29 § 1° (Consolid. Art. 461), quanto á facção testamentaria pela Ord.

Art. 26. Depois dessa idade os menores, que fôrem autores, tem intervenção propria ; e se forem réos, devem sêr especialmente citados, e mais seus Curadores, pena de nullidade do processo (31). (Art. 462)

L. 4° T. 81 princ. (Consolid. Art. 993 § 1°), e quanto á sêrem testemunhas nos testamentos e codicillos pelas Ords. L. 4° T. 85 princ., e T. 86 § 1°(Consolid. Arts. 1063 § 1°, e 1080).

Esta lacuna da nossa legislação civil póde ser supprida, quanto á incapacidade dos impuberes para fazêrem contractos, pelo Art. 129 n. 1° Cod. do Com., que declara nullos todos os contractos commerciaes, que fôrem celebrados entre pessoas inhabeis para contractar. O que se-diz sobre a nullidade dos contractos commerciaes, em tal caso, é applicavel aos contractos em geral porque a razão é a mesma.

Se o impubere fôr citado em Juizo, e não seu tutor, o processo é nullo, e esta nullidade *é insanavel.* Este caso importa a falta de citação—cit. Ord. L. 3° T. 63 § 5°, e T. 75 princ. nas palavras: *sem a parte ser primeiro citada.*

É insanavel, quer dizer, o menor, ou seu tutor, não póde ratificar o processado, e os Juizes não podem supprir a nullidade. Ao contrario (note-se bem), podem , e devem, neste caso pronunciar a nullidade sem dependencia de allegação della.

O Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, tendo declarado no Art. 672 § 1°, que são nullos os processos, quando as partes são menores, ou pessoas semelhantes, sem tutor ou curador, não distingue entre puberes e impuberes ; e porisso tambem não faz distincção no Art. 674, dando á percebêr, que a ratificação é sempre possivel. Não é assim, a ratificação não é possivel quando a parte é menor impubere, que foi citada, e não seu tutor.

Esse mesmo Regul. no citado Art. 674 deixou de exprimir, que tal nullidade deve sêr pronunciada pelos Juizes, ainda que não seja allegada. Só applica aos contractos a essencial distincção entre nullidades *absolutas* e *relativas*, entre nullidades de *pleno direito* e *dependentes de acção* (Arts. 683 e 687), entretanto que esta distincção tambem é applicavel aos actos do processo. Entender-se-ha com exactidão o citado Art. 674 approximando-se delle estas palavras do Art. 686 § 3° :—*a nullidade de pleno direito não póde sêr relevada pelo Juiz, que a deve pronunciar*, etc.

(31) Cit. Leis.

São estes os menores *puberes* ou *adultos*, cuja incapacidade é *relativa*, isto é, exceptuada quanto aos actos que a lei declara; e á respeito desta incapacidade bem se-vê, que o têxto tambem refere-se á *negocios judiciaes* sómente.

A *intervenção propria*, de que falla o têxto, effectua-se por procuração do menor adulto; mas elle não póde fazêl-a sem autorisação do Juiz do processo, ou de seu Curadôr—Art. 462 Consolid. Se o menor está sob o patrio podêr, sem autorisação do Juiz do processo, ou de seu pai.

Pena de nullidade do processo— Póde dar-se esta nullidade em quatro casos:

1.° Figurando no processo, como autôr, ou réo, somente o Curadôr sem intervenção do menor:

2.° Figurando somente o mênor sem assistencia, ou autorisação do Curadôr:

3.° Tendo sido citado, como réo, somente o Curadôr sem citação especial do menor:

4.° Tendo sido citado somente o menor sem citação do Curadôr.

A nullidade da Not. antecedente é *insanavel*, como se-disse, *absoluta*; e a nullidade, de que ora se trata, é *sanavel*, *relativa*.

É sanavel, porque o menor, ou seu Curadôr, póde ratificar o processado; e os Juizes podem supprir tal nullidade, quando é allegada na primeira, ou na segunda instancia, antes da sentença—Ord. L. 3° T. 63 §§ 1 e 2.

No caso da falta de procuracão, os Juizes supprem a nullidadé, mandando juntar a procuracão em um termo, pena de lançamento; e no caso da falta de citação, mandando fazê-la, pena de revelia—cit. Ord. L. 3° T. 63 § 1.

A redaccão do Regul. Com. n. 737 no citado Art. 674 é inexacta quanto á esta nullidade, e não ha razão para suppôr, que intencionalmente se-afastasse da bôa providencia da Ord. L. 3° T. 63 §§ 1° e 2°, tanto mais porque essa Ord. tem sido constantemente observada no Juizo Commercial. Inexacta, porque, referindo-se ás nullidades do Art. 672, e portanto á consistente na falta de intervencão do menor pubere, ou de seu Curadôr, diz:—*as referidas nullidades não podem ser suppridas pelo Juiz*—

É relativa, porque só interessà ás partes, porque só prejudica ao menor; e d'ahi resulta, que os Juizes não podem suppri-la, sem que seja allegada, ou arguida pelas partes; e que o menor, ou seu Curadôr, póde ratificar o que se-fez.

A ratificacão por parte do menor, ou de seu tutôr, póde sêr *expressa*, ou *tacita*, e portanto não depende sacramentalmente (como erroneamente se-suppõe no Fôro) de um termo de ratificacão do processado, pôsto que esta seja a melhor fórma de ratificar. Tanto assim é, que a ratificacão tambem allude á nullidade de processos, ou de qualquer procedimento judicial, que já estejão terminados.

Esta theoria da *ratificação*, ou, para melhór dizêr, da *confirmação dos actos nullos*, é da maior importancia; e se fôr estudada pelos Juizes e Advogados, libertará nossas relações do constante flagello das nullidades.

A *ratificação* cobre a nullidade dos actos judiciaes e extrajudiciaes, e portanto a dos contractos. A doutrina estabelecida no Art. 688 do Regul. n. 737 sobre as nullidades dos contractos é tambem applicavel ás nullidades do processo. —Quando são *relativas*, umas e outras se-desvanecem pela ratificação dos actos; e a ratificação tem effeito retroactivo, salvo o prejuizo de terceiros. O Regul. diz:—*as nullidades podem sêr ratificadas*—. É uma redacção incorrecta. O que se ratifica é o acto, e não a nullidade.

Está entendido, que a pena de nullidade do processo, comminada no têxto não procede, quando a sentença fôr dada em favôr dos menores—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 12 § 124 n. 4.°

3.ª ED.

Confere este ultimo periodo como additamento da Not. 17 ao Art. 13 em relação ao Repert., não bem comprehendido por Suzano Proc. Orphan. Not. 114 Part. 1ª.

« A Ord. L. 3° T. 41 § 8° *in fin.* (Rebouças Observ. pags. 11 e 12) não distiingue nessa sua sancção, e a regra é que:—onde a lei não distingue, não devemos distinguir, etc. »

Se o veterano J. C. recusa o ultimo periodo da minha Nota da 2ª Ed., aceito eu para respondêr-lhe suas valentes armas da L. 13 § 29 Dig. *de act. empt. et vend.*, L. 19 Dig. *de reg. jur.*, e L. 25 *de legib.*, e com certeza de victoria infallivel.

Se aceita esse ultimo periodo, resuso eu, e com a mesma certeza, seus dois argumentos; tão contradictorios, como improcedentes.

A exclusão dos menores supplementados, e casados, nem pró nem contra prova; porque não inclui na Ord. alguem mais protegido por assistencia de Curadôres, e com a pena

Art. 27. Não se-entende esta disposição com os menores, que são havidos por maiores, ou por têrem obtido supplemento de idade, ou por têrem casado com a de vinte annos (32).

Art. 28. Quando a causa do menor corrêr á revelia, o Juiz della dar-lhe-ha Curador á lide, que sob juramento, e com informação do Tutor ou Curador, defenda o menor, pena de nulidade do processo (33). (Art. 309)

---

de nullidade do processo na falta della; senão unicamente distingui o caso, em que nos processos sem tal assistencia julgar-se á favôr dos menores.

Não autorisar-se Borg. Carn. com alguma lei está indicando o imperio racional da distincção. A razão da providencia, a razão da nullidade, foi o recêio da lesão dos menores; e tal razão cessa, quando os menores não fôrão lesados pelo bom exito das sentenças favoraveis. São elles os protegidos em relação á seus adversarios, e como trocar os papeis na bôa fortuna de julgamentos accordes com a intenção do legisladôr?

(32) Ord. L. 3° T. 41 § 8° *in fin.*

(33) Cit. Ord. L. 3.° T. 41 § 9°—Quando a causa não corre á revelia do menor, manda somente esta Ord. que se dê juramento ao Procuradôr do menor; mas, por costume do Fôro, ha sempre uma nomeação de Curadôr á lide.

Tambem por costume do Fôro, como os escravos entrão em o numero das pessoas incapazes, á ponto de se-reputarem *cousas*, e não *pessôas*, nomea-se-lhes sempre um Curadôr, quando demandão ou são demandados por sua liberdade.—Vid. Provis. de 20 de Setembro, e de 15 de Dezembro, de 1823.

3.ª ED.

Av. n. 571 de 30 de Novembro de 1869—Os Curadôres Geraes, e os Curadôres *in litem*, além dos emolumentos do Regim. de Custas, só percebem os de Advogados, quando seus curatellados são vencedôres, satisfeitas as custas pelas partes vencidas; sendo, nos inventarios e partilhas, obrigados os interessados ás custas *pro rata*, não ha de quem os Curadôres possão havêr emolumentos.

Art. 29. Os loucos de todo o genero, e os prodigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo os-protege (34).

Art. 30. Elles são igualmente soccorridos com o beneficio da restituição (35).

Art. 31. Os bens e direitos dos ausentes serão encarregados pelos Juizes dos Orphãos á administração e vigilancia de Curadores (36), e fiscalisados pelos Juizes de Direito em correição (37), nos casos seguintes:

§ 1.° Quando o ausente se-achar em logar incerto, sem se-saber se é morto ou vivo, não tendo molher; nem pai, sob cujo

---

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 84 § 1° (para execução da Lei do Elem. Serv.)—Se houvér necessidade de *Curadôr*, á citação precederá a nomeação d'elle, etc.

Veja-se o *Direito* (Revista de 1874 5° Vol. pag. 5) sobre a nullidade do processo por falta de *Curadôr* ao réo escravo.

(34) Ord. L. 4° T. 103, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 4°.

Regul. n. 834 de 2 de Outubro de1851 Cap. 5° Secç. 1.ª Desprezei a variada terminologia das Leis antigas sobre loucos, usando da expressão do Art. 10 § 2° do Cod Crim.

(35) Ord. L. 3° T. 41 § 4°.

(36) Ord. L. 1° T. 90 princ., Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1° e 2°, Av. de 28 de Agosto de 1833, Av. de 25 de Fevereiro de 1834, Regul. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° §§ 7°, 10, e 11; e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 20 e segunites.

(37) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 48. Nessa fiscalisação teve-se mais em vista os interesses da Fazenda Nacional, que os dos ausentes.

O Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 não derogou o Art. 48 do Regul. acima citado —Circ. n. 264 do 1° de Outubro de 1859.

podêr estivesse, nem procuradôr na terra (38), e ficando desamparados seus bens (39). (Art. 329)

2.° Tratando-se de heranças, que pertenção á herdeiro ausentes, ascendentes, ou descendentes (40); não tendo estes no logar procuradores legalmente autorisados para receberem o que lhes-pertencêr, ou não existindo presente conjuge sobrevivente, ou testamenteiro que aceite a testamentaria (41). (Art. 330)

---

(38) Ord. L. 1° T. 90 princ. nas palavras—*e seus bens desamparados por não haver quem delles tenha carrego*—, Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 26.

(39) Ord. L. 1° T. 78 § 7°, T. 90 princ., Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 11; Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1° § 2°, e Arts. 2° e 24; e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 1° n. 2°.

(40) Quanto á herdeiros collateraes—*ainda que notoriamente conhecidos*—a ausencia nada influe, porque sua presença no logar não impede a arrecadação da herança. O Art. 1° § 1° do Regul. de 27 de Junho de 1845 alterou a disposição do Art. 11 do Regul. de 9 de Maio de 1842. Esta intelligencia foi contrariada pelo Av. n. 84 de 28 de Julho de 1845, mas firmada depois pelo Av. n. 257 de 23 de Novembro de 1853, e Av. annexo de 12 de Janeiro de 1846.

Actualmente a presença no logar de herdeiros collateraes impede a arrecadação da herança, se o fôrem *dentro do 2° grão por Direito Canonico*, e *notoriamente conhecidos*—cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 3° n. 1°.

Se esses collateraes não fôrem *notoriamente conhecidos*, a arrecadação se-faz; mas cessará, sem deducção de porcentagens, se justificarem em prazo razoavel, assignado pelo Juiz, sua qualidade hereditaria—cit. Regul. de 15 Junho de 1859 Art. 4°.

(41) Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 3°, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1° § 1°, e Arts. 2°, 11, e 24; Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1° §§ 1° 2°, e 3°: Decis. n. 72 de 5 de Julho de 1845, e cit. Regul. de 15 Junho de 1859 Art. 1° n. 1°, e Art. 3°, ns. 1.°, 3°, e 4°.

§ 3.° Havendo herdeiros ausentes, de qualquer qualidade que sejão, sem procuradôres no logar (42), quando as heranças não são arrecadadas por estarem na posse de conjuge cabeça de casal, ou de testamenteiros, ou de herdeiros ascendentes (43). (Art. 331)

Testamenteiro que aceite a testamentaria, e que esteja presente na terra. Se ao tempo do fallecimento estivér ausente o testamenterio, a arrecadação se-faz; mas apresentando-se o testamenteiro antes de feita a entrega aos herdeiros, ou de recolhido o producto dos bens ao Thesouro ou ás Thesourarias, lhe-é tudo entregue para cumprimento do testamento—cit. Regul. de 1859 Art 3° n. 3°.

Quid, se, não estando presente o testamenteiro para aceitar a testamentaria, tem no logar procuradôr especialmente autorisado que por elle quer aceita-la?

É caso de arrecadação nos termos do Art. 330 Consolid., á menos que o testadôr tenha expressamente autorisado a substituição do nomeado testamenteiro por outra pessôa, que o represente. Essa substituição do testamenteiro ausente por seu procuradôr equipara-se ao *substabelecimento do mandato*, e sabido é (Art. 470 § 1° Consolid.), que sem podêres especiaes o mandato não póde sêr substabelecido. É regra dominante do mandato, que o mandatario deve executa-lo por si mesmo, e pela razão simples de têr sido escolhido por seu credito, zelo, fidelidade—*industria personæ electa est*—. Além disto, quanto aos testamenteiros em particular, se tem constantemente entendido em Direito, que seu mandato é ligado á sua pessôa, e que portanto não o-póde transferir á outrem —Furgole Trat. dos Testam. Cap. 10 Secç. 4ª n. 43, Troplong. Testam. ns. 2035 e 2038. Finalmente, o interesse publico do exacto cumprimento das disposições de ultima vontade engendra entre o testamenteiro e a autoridade relações, que não podem dependêr do arbitrio das partes—Not. ao Art. 1099 Consolid.

Ascendentes ou descendentes—Não basta estar presente avô ou avó, quando estão ausentes pai ou mãi herdeiro—Decis. n. 34 de 14 de Abril de 1846.

(42) Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1° § 3°, e cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 3° n. 4.°

(43) Cit. Regul. Art. 1° §§ 1° e 2°, e Art. 2.°; e cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 9.°

Art. 32. Se a ausencia excedêr de dez annos, e suspeitar-se a morte do ausente, observar-se-ha o disposto nos Arts. 334 e seguintes (44).

Art. 33. A mesma providencia tem logar no caso de reputar-se perdido o navio, e fallecidas as pessoas que nelle partirão, por não havêr noticia de sua chegada ao porto de seu destino, nem á algum outro porto, dentro de dois annos nas viagens mais dilatadas (45).

Art. 34. Quando fallecêr algum estrangeiro sem testamento, não havendo conjuge ou herdeiros presentes á quem pertença ficar na posse da herança; ou mesmo com testamento, se fôrem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes, e ausentes tambem os testamenteiros; não haverá nomeação de Curadôr, e procederá o Juiz na fórma da legislação para estes casos (46). (Art. 1260)

---

(44) Ord. L. 1° T. 62 § 38, Regim. do Desemb. do Paço § 50, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1° e 2°, Disp. Prov. Art. 20, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5° §§ 7°, 10, e 11; Regul. de 9 de Maio de 1842 Art.. 12, e cit, Regul de 15 de Junho de 1859 Art. 47.

3ª. ED.

Sobre a exigencia, felizmente abolida, das chamadas—*certidões de vida*—, veja-se a Not. ao Art. 473 § 1°. Vejão-se tambem os Arts. 43, e 776.

(45) Decr. de 15 de Novembro de 1827. Não é caso de successão definitiva, porque o Decr. refere-se á Ord. L. 1° T. 62 § 38. Quanto ao prazo, concorda com o Art. 17 da Regulação de Seguros approvada pelo Alv. de 11 de Agosto de 1791, e com o Art. 720 do Cod. do Com. Não concorda com os Arts. 242 e 244 do Regul. das Alfandegas de 22 de Junho de 1836.

Cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 57 n. 1.

(46) Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Arts. 2° e seguintes. Este modo de procedêr, nos termos do Art. 24

do citado Regul., é só admissivel á respeito de subditos daquellas Nações, com as quaes, em virtude de accôrdo, fôr estabelecida a reciprocidade por meio de notas reversaes, accedendo Decreto do Governo.—*Vid. infr. Art.* 1260.—Por ora está em vigôr para com Portugal—Decr. n. 882 de 9 de Dezembro de 1851, Confederação Suissa—Decr. n. 1062 de 6 de Novembro de 1852, e Ducado de Parma—Decr. n. 1143 de 12 de Abril de 1853.

As disposições do cit. Decr. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 são unicamente applicaveis ás arrecadações dos subditos estrangeiros fallecidos, ou que fallecerem, depois da publicação dos Decretos do Governo Imperial, de que trata o Art. 24 do mesmo Decr.—Circul. n. 86 de 18 de Fevereiro de 1856.

Com a Republica do Uruguay, por notas reversaes de 13 de Novembro e 21 de Dezembro de 1857, foi igualmente ajustada a observancia do cit. Decr. de 1851.

Nestes casos o Juiz de Orphãos procede á arrecadação, servindo de Curadôr o respectivo Consul ou Vice-Consul, ou Agente Consular, nos termos do Decr. n. 2127 de 13 de Março de 1858.—Vid. Av. n. 79 de 5 de Março de 1858, que, no caso de têr deixado conjuge na terra o estrangeiro fallecido ab-intestado, declara, que os bens dos herdeiros ausentes não devem sêr entregues ao Agente Consular; pois só lhe compete assistir aos actos do inventario, e figurar nelles como mero representante dos herdeiros ausentes de sua Nação.

Devem hoje sêr observadas as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2° *supra* quanto ao fallecimento de estrangeiros no paiz, á saber, com a França Art. 7°, com a Suissa Art. 9°, com a Italia Art. 7° § 2°, com Portugal Art. 13, e com a Hespanha Art. 10.

3.ª ED.

Av. n. 32 de 19 de Janeiro de 1866—Remette o de 23 de Dezembro de 1865, providenciando sobre inventarios feitos nos Consulados das Nações estrangeiras das Convenções Consulares, e pendentes ao tempo em que expedio-se o Av. de 17 de Junho de 1865.

Av. Circ. n. 36 de 22 de Janeiro de 1866—Firma a intelligencia do Art. 10 da Convenção Consular com a Hespanha de 9 de Fevereiro de 1863, que foi promulgada pelo Decr. n. 3136 de 31 de Julho do mesmo anno.

Art. 35. Quanto á herdeiros ausentes de socios de sociedades commerciaes, ou de pessoas que tenhão credores commerciantes, cumprão-se as disposições do Codigo do Commercio (47).

Art. 36. Aos que se-achão ausentes por motivo de serviço publico concede-se o beneficio de restituição, e gozão deste beneficio:

Decr. n. 3711 de 6 do Outubro de 1866 —Promulga a Declaração de 21 de Julho do dito anno, interpretando o Art. 7° da Convenção Consular com a França de 10 de Dezembro de 1860, que foi promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861.

Decr. n. 3935 de 21 de Agosto de 1867—Promulga o Accôrdo de 23 de Maio do dito anno, para regular a execução do Art. 13 da Convenção Consular com Portugal de 4 de Abril de 1863, promulgada pelo Decr. n. 3145 de 27 de Agosto do mesmo anno.

Decr. n. 4075 de 18 de Janeiro de 1868—Promulga a Declaração de 7 de Setembro de 1867, para firmar o sentido, e modo de execução, do Art. 9° da Convenção Consular com a Suissa de 26 de Janeiro de 1861, que foi promulgada pelo Decr. n. 2955 de 24 de Julho de 1862.

Av. n. 605 de 17 de Dezembro de 1869—As questões ácerca do espolio de Subditos Portuguêzes, que deixão viuva brazileira, e filhos menores, estão resolvidas pela Resolução n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, e Decr. n. 3145 de 27 de Agosto de 1863, que promulgou a Convenção Consular de 4 de Abril d'aquelle anno.

Decr. n. 5533 de 24 de Janeiro de 1874—Promulga a Convenção de 22 de Abril de 1873 com a Gran-Bretanha sobre attribuições consulares, na qual, Art. 4°, e com dois Memorandos, ha estipulações peculiares para os casos de fallecimento dos respectivos subditos.

(47) Arts. 309 e 310 do Cod. do Com., Art. 9° do cit. Decr. n. 855 de 8 de Novembro de 1851, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 21 §§ 1° e 2°, Regul. n. 738 da mesma data Art. 18 n. 9°, Regul. n. 1597 do 1° de Maio de 1855 Arts. 2°, e 12 § 4°, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 10.

§ 1.° Os ausentes no Exercito em tempo de guerra, que por tal motivo não podem comparecêr no logar para onde são citados:

§ 2.° Os ausentes em Embaixadas, Legações, e Commissões extraordinarias, e temporarias, de qualquer natureza que sejão, cuja duracão póde sêr de qualquer modo definida (48).

Art. 37. Não gozão de tal beneficio os que se-acharem ausentes em Embaixadas, Legações, e Commissões ordinarias (49).

Art. 38. Em todos os casos de Embaixadas, Legações, e Commissões ordinarias, não deve comtudo ter logar contra o ausente a citação em começo de demanda; seguindo-se á este respeito o que se-acha disposto nas Leis do Processo sobre a citação dos Agentes Diplomaticos (50).

Art. 39. Aos ausentes em logar incerto, ou em logar certo perigoso, que tiverem de sêr demandados, se-permitte citar por edictos, informando-se primeiramente o Juiz por inquirição sobre a necessidade desta citação excepcional. Procedendo-se de outra maneira, será nullo o processo, que da citação resultar (51).

---

(48) Alv.-de 21 de Outubro de 1811 § 3°.

(49) Cit. Alv. de 21 de Outubro de 1811 § 3° *in fin.*

(50) Cit. Alv. de 21 de Outubro de 1811 § 4°. As Leis do processo, á que refere-se o Art., são a Ord. L. 3° T. 4°, e T. 33 § 5°.

(51) Ord. L. 2° T. 53 § 1°, e L. 3° T. 1° § 8°. A lei não manda nomear Curadôr á estes ausentes, mas o Juiz da Causa, justificada a ausencia, sempre o-nomêa. Esta é a praxe do Fôro.

Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832 Art. 2°, Regul. Com. n. 737 Arts. 39, 45, 53 § 1°, e 54.

Art. 40. As pessôas são singulares, ou collectivas. São pessôas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Priôr e Convento, marido e molher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se-considerão como uma pessoa (52).

Os Praxistas exceptuão dois casos, em que não tem logar esta citação por edictos; á saber, nas causas de reconhecimento e assignação de dez dias, e nas de juramento d'alma; porém não ha lei, que dê apoio á esta limitação; e o Regul. Com. n. 737 não a-tem feito. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 960 não é coherente nesta parte com a doutrina da Not. 203.

A justificação de ausencia no Juizo de Paz para o acto conciliatorio não dispensa outra justificação para citação inicial no Juizo Contencioso. Tal é a praxe, sem nenhuma utilidade, e com grave prejuizo das partes.

(52) Ord. L. 1° T. 31 § 1°, T. 84 § 3°, e L. 3° T. 78 princ. e § 1.°

Marido e molher: Porque vivem na sociedade conjugal, que é sociedade universal de bens, ou pelo menos de interesses. Toda a sociedade (á não ter sómente existencia entre os socios, como a colonia parciaria—Arts. 633 e 654 Consolid., sociedade em conta de participação, de capital e industria—Arts. 317 e 325 Cod. do Com.), é *pessôa collectiva*.

Todas as pessôas collectivas são *pessôas moraes* ou *juridicas*, porém ha pessôas juridicas, que não são collectivas, como os *estabelecimentos de utilidade publica*, que tem patrimonio seu—Savigny Dir. Rom. Tom. 2° pag. 237 Not.

Irmãos em uma herança: Porque achão-se na communhão dos bens da herança *pro indiviso*; e toda a communhão, de bens, ou de interesses, casual ou convencional, tambem considera-se *pessôa collectiva*.

3.ª ED.

Ord. L. 1° T. 62 § 46—As quaes *trêz pessôas* se não entenderá *marido e molhér* por *uma pessôa*, somente se-declarará o *marido e molhér* por *primeira e segunda pessôa*, e o que derradeiro delles fallecêr possa nomear a *terceira*.

Av. n. 358 de 4 de Agosto de 1862—Uma Freguezia não pode sêr considerada Municipio, emquanto não se-installa a respectiva Camara.

Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1867—Quando o *Estado* funcciona como *pessôa civil*, contractando com um particular á respeito de um direito individual, sujeita-se como qualquer cidadão á *Lei Privada* e ao Podêr Judiciario. Vid. Not. ao Art. 884.

Os casos oppostos ao deste ultimo Av. são os do—*Contencioso Administrativo*—, sobre que vérsão as disposições citadas nos Apont. Jurid. de Motta, e a recente Obra de H. do Rego Barros, noticiada pelo *Direito* (Revista) de 1874 5° Vol. pag. 541.

Pessôas singulares:—Mas como á *pessôas singulares*—, são palavras da cit. Ord. L. 3° T. 78 § 1.°

Pessôas collectivas: Foi qualificação minha, que agora substituo pela de—*universaes*—. *Universalidade* (Bluteau) é o contrario de *singularidade*. Em verdade a cit. Ord. L. 3° T. 78 princ. diz:—e estes convem somente ás *universidades* das Cidades, Villas, Concelhos, Collegios, Confrarias, e quaesquer outros semelhantes, quando *juntamente* fazem seus actos—. Acrescente-se pois no têxto do Art. 40 *supra* a palavra—*Collegios*—entre as duas—*Concelhos, Confrarias*—.

Cabidos:—Está na cit. Ord. L. 1° T. 84 § 3°, onde tambem está—*Universidade*—, com inicial grande designando Estabelecimento Scientifico. Acrescente-se pois tambem no têxto do Art. 40 *supra* a palavra—*Universidades*—.

Priôr e Convento:—Está na cit. Ord. L. 1° T. 31 § 1°:—marido e molhér, ou *Priôr e Convento*—.

Marido e molhér:—Está nas duas cit. Ord. L. 1° T. 31 § 1°, e T. 84 § 3°, que são havidos por *um côrpo*.

Irmãos em uma herança:—Está na mesma cit. Ord. L. 1° T. 84 § 3°.

Em recapitulação, reprovo portanto qualquer divisão de pessôas, que não seja em *singulares*, ou *universaes*. E assim reprovo a do Dir. Civ. Brazil. de Ribas pag. 6 em *naturaes* ou *juridicas*—. Neste ultimo epitheto ha pleonasmo, que se-desfaz nos de *pessôas moraes* e *pessoas religiosas*.

Aceito a observação de Rebouças á este Art., porque agora corrijo a Not. *supra* da 2ª Ed., e digo: Todas as *pessôas universaes* são *collectivas*, ou a collecção seja de *cousas personificadas*, ou seja de *pessôas singulares*. Citei Savigny Dir. Rom.

Art. 41. As Igrejas tambem gozão do beneficio da restituição (53).

Tom. 2° pag. 237 Not. só para indicar esta subdivisão das *pessôas universaes*, e não porque elle dicesse não sêrem collectivas. As collecções de possôas não auferem o exteriôr sempre physico das *pessôas*, porque as *universaes* apparecem nas figuras visiveis dos seus representantes necessarios. Destes representantes o primeiro é o *Legisladôr*.

(53) Ord. L. 2° T. 1° § 6°, Ass. de 30 de Agosto de 1779. A Ord. L. 3° T. 41 § 4°, quanto ao beneficio da restituição, é ampla, referindo-se geralmente ao Direito Romano. Os Praxistas o-fazem extensivo ao Estado, ás Misericordias, Confrarias, e Camaras Municipaes, pelos factos ou omissões de seus agentes ou aministradôres. As Insrtucções de 10 de Abril de 1851 Art. 17, dadas pelo Conselheiro Maia aos Procuradôres Fiscaes, declarão, que tal privilegio compete á Fazenda Nacional.—Os presos não tem restituição, porque a Lei de 11 de Setembro de 1830 rovogou a Ord. L. 3° T. 9° § 12.—Tambem não a-tem as viuvas.—Vid. Art. 159.

Vid. Perdigão *Man. do Procur. dos Feit.* § 44.

As Igrejas têm hypotheca legal sobre os immoveis de seus thesoureiros, prepostos, procuradôres, e syndicos. Vid. Nota ao Art. 69.

3.ª ED.

« A Lei de 11 de Setembro de 1830 (Rebouças Observ. pag. 14) não revogou em caso algum o *beneficio de restituição* do § 12 da Ord. L. 3° T. 9°, etc. » Revogou, porque esta Ord. prohibia a citação dos *prêsos*, que (Per. e Souz. Linh. Civ. § 89 n. 9, e Not. 218 n. 3) não podia sêr feita sem Provisão Régia. Se a Lei de 11 de Setembro de 1830 permittio a citação dos prêsos, concedendo-lhes outros favôres, cessou o motivo da *restituição—causa sublata tollitur effectus*—. Quanto mais, que esta Lei diz no Art. 6°:—Fica revogada a Ord. L. 3° T. 9° § 12—.

« A negativa (Rebouças Observ. pags. 14 e 15) do *beneficio de restituição* ás viúvas somente póde sêr sustentada em vista do Ass. de 29 de Março de 1814, etc. » Respondo com a Not ao Art. 159 *infra*, que por erro typogaphico da 2.ª Ed. foi apontado como 155.

TITULO II

DAS COUSAS

Art. 42. Os bens são de três especies: moveis, immoveis, e acções exigiveis (1).

---

(1) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27. Esta divisão tem effeito, tratando-se da penhora de bens nas execuções de sentenças. Os direitos e acções contão-se entre as cousas moveis, ou immoveis, conforme a natureza do objecto, á que se-referem —Art. 47 Consolid.

Na classe dos bens moveis entrão os semoventes, e na classe dos semoventes entrão os escravos.

Posto que os escravos, como artigos de propriedade, devão ser considerados *cousas*; não se-equiparão em tudo aos outros semoventes, e muito menos aos objectos inanimados, e porisso tem legislação peculiar.

Tratando dos Indios do Brazil, diz o Alv. de 6 de Junho de 1755 :—para que todos sejão havidos por livres sem dependencia de mais prova do que a plenissima, que á seu favor resulta da presumpção que está pela liberdade; emquanto por outras provas tambem plenissimas, e taes, que sejão bastantes para elidirem a dita presumpção, se não mostrar que effectivamente são escravos; incumbindo sempre o encargo da prova aos que requerem contra a liberdade, ainda sendo réos Estas palavras encerrão uma regra geral de direito sobre a liberdade das pessôas.

Pela sua natureza (Alv. de 16 de Janeiro de 1759) as causas sobre liberdade não admittem estimação (*libertas inæstimabilis res est*—L. 106 Dig. de reg. jur.), e porisso excedem sempre a alçada, quando se-julga contra a liberdade; não assim, quando se-julga á favôr da liberdade, visto que para o appellante seu contendôr é um objecto de propriedade.

Os escravos (Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850) são inhabeis para adquirir por argumento da Ord. L. 4° T. 92 pr. Em verdade, se por esta Ord. póde succedêr o filho, que o homem solteiro houvér de escrava alheia, se por morte de seu pai ficar forro; segue-se, que não póde succedêr, se por morte de seu pai ainda fôr escravo; e não póde succedêr, porque não

póde adquirir. Tolera-se todavia em nossos costumes, que os escravos possúão dinheiro, e bens moveis. (Vid. Nots. aos Arts. 982 § 1.°, e 993 § 5.°, *infra*).

Os escravos deixão de ser taes pela alforria ou manumissão (*manumissio est datio libertatis*—Inst. princ. *de libertin.*), e esta póde ser dada á titulo oneroso, ou gratuito. Á titulo gratuito, por acto entre vivos, ou por disposição de ultima vontade. Não conhecemos os outros modos de manumissão do Direito Romano.

Como a alforria póde sêr dada por fideicommisso, á prazo, ou debaixo de condição, ha um estado médio entre a escravidão e a liberdade; e os escravos, que se-achão nesse estado, têm a denominação de—*estado-livres*—. Entende-se por—*estado-livre*—aquelle, que está destinado á sêr livre depois de certo tempo, ou depois do cumprimento de uma condição—L. 1ª pr. Dig. *de statulib.*

Á condição do *estado-livre* é tal, que, á sêr vendido, nada perde do direito que tem á sua liberdade—L. 2ª Dig. *de statulib.*

O herdeiro do testadôr não póde tirar a liberdade de um *estado-livre*. Não o-prejudicão, nem a alienação, nem a prescripção, desde que se-cumpre a condição da liberdade—L. 13 Cod. *de testam. manumis.*

O herdeiro não póde deteriorar a condição do *estado-livre*—L. 33 Dig. *de statulib.* Salvo, se a alforia tem sido dada sob condição de que o herdeiro não o-venda—L. 30 Dig. *de statulib.*

O *estado-livre* quasi em nada differe dos outros escravos, e porisso está sujeito ás mesmas penas—L. 29 Dig. *de statulib.* Revogada pela L. 9ª § 16 Dig. *de pœnis*, que manda punir o *estado-livre* como se fôra livre.

O *estado-livre* póde sêr abandonado para reparação do damno, que houver causado—L. 9 pr. Dig. *de statulib.* Vid. Not. ao Art. 807.

O *estado-livre* fica logo livre, se o-vende o herdeiro, á quem elle estava obrigado á servir—L. 3ª § 17 Dig. *de statulib.*

Os filhos de uma *estado-livre* nascem escravos do herdeiro—L. 16 Dig. *de statulib.* Tenho sempre opinado em contrario, seguindo como mais razoavel a disposição do Cod. da Luiziana Art. 196, que diz: « O filho nascido de molhér, que tem adquirido um direito absoluto á sua liberdade futura, segue a sorte de sua mãi, e fica livre na época determinada para sua alforria, ainda mesmo que venha á fallecêr antes dessa época. »

Não temos lei, que autorise alforrias tacitas, e apenas a Provis. 1ª de 15 de Dezembro de 1823 dá noticia de um caso

dellas, e sem que o-admitta, á saber, quando o senhor abandona seu escravo doente. Veja-se na Not. ao Art. 208 *infra* outro caso de alforria tacita.

Não ha alforria (L. 17 § 1° Dig. *qui et a quib. manumis*), se o senhor, não tendo intenção de libertar seu escravo, e só a de isenta-lo de castigo, declara falsamente em Juizo que é livre.

Sobre escravos da Nação, que pretendão libertar-se—Ord. n. 160 de 30 de Outubro de 1847, e n. 7 de 8 de Janeiro de 1853. Vid. *Man. do Proc. dos Feitos* Addit. ao § 57 e Not. 145.

Acções exigiveis—Sobre o que se-deva entendêr por *acções* assim qualificadas, consulte-se Lobão Trat. das Execuç. §§ 337, 382 á 387, e 400 á 405, que mui sensatamente tem criticado os §§ 17 e 27 da Lei de 20 de Junho de 1774. O caso é, que, não permittindo essa Lei que os creditos, direitos, e acções, do devedôr executado se-avaliem, arrematem, e adjudiquem, como bens de 1ª, e 2ª especie; e mandando sómente que as chamadas *acções exigiveis* se-arrematem pela sua liquida e verdadeira importancia (como se houvesse interesse para alguem em arrematar dividas sem deducção, por mais seguras que sejão), ou se arrematem *real por real* (arrematação esta, que hoje se-denomina—*real á real*—, e que antes é uma adjudicação ao credôr exequente para applicar á seu pagamento o que fôr cobrando); vê-se ao contrario todos os dias em nosso Fôro a arrematação de dividas pelo preço que podem alcançar em praça, preço que quasi sempre é muito inferior ao valôr nominal dellas. Desta discordancia entre a legislação vigente, e a praxe, resultão embargos de nullidade das arrematações, ou de lesão enorme e enormissima, fundados na generalidade da Ord. L. 4° T. 13 § 6°. É um deploravel estado de cousas, tanto mais porque o Art. 524 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 dispõe, que os devedôres do executado sejão demandados pelas acções competentes, precedendo arrematação ou adjudicação na fórma prescripta pela Lei de 20 de Junho de 1774! Vejo entretanto, que o Art. 864 do Cod. do Com. permitte aos administradôres de massas fallidas vendêr as dividas activas dellas, que fôrem de difficil liquidação, ou cobrança; vejo que o Art. 3° da Tabella das porcentagens dos curadôres, depositarios, e administradôres, das massas fallidas, distingue as dividas activas conhecidamente perdidas; e até vejo, em relação á Fazenda Nacional para pagamento da taxa de heranças e legados, que o Art. 19 do Decr. de 15 de Dezembro de 1860 manda vendêr em hasta publica no

Juizo do inventario as dividas activas da herança, que se possão reputar incobraveis, ou de difficil liquidação, por insolvabilidade, fallencia, ou outras circumstancias dos devedôres.

3.ª ED.

Av. n. 324 de 22 de Setembro de 1857—A liberdade concedida, com o onus de serviço por algum tempo, é perfeita.

Decr. n. 2160 do 1° de Maio de 1858—Mandando procedêr á nova matricula geral de todos os *escravos* sujeitos á taxa.

Decr. n. 2201 de 26 de Junho de 1858—Isenta do imposto do sello os actos promovidos, e quaesquer titulos e documentos apresentados em Juizo á favôr dos que litigão por sua liberdade.

Av. n. 13 de 19 de Janeiro de 1859—Deve sêr observado o Regul. Provincial da Provincia de Minas relativamente á *escravos* não reclamados por seu senhôres depois de certo tempo.

Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861—Altera o Art. 3° § 1°, e Art. 6° § 2°, do Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860, que regula a transferencia de *escravos*, e arrecadação do imposto da meia siza.

Av. n. 54 de 9 de Fevereiro de 1870—Não é *escravo* quem por mais de trêz annos achar-se no gôzo de sua liberdade, e como livre servio na Armada; cumprindo intentar em Juizo á quem reclamal-o a acção, á que tivêr direito.

Av. n. 158 de 15 de Junho de 1870—O facto de ter tido praça na Armada constitúe presumpção de *liberdade*: e sem que esta seja illidida em Juizo competente, não póde o individuo reclamado continuar prêso; cumprindo aos interessados usar dos direitos, que possão têr contra o dito individuo.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871—Liberta os filhos de *molhèr escrava*, que ulteriormente nascêrem; e os *escravos da Nação*, e outros.

Decr. n. 4815 de 11 de Novembro de 1871—Instrucções para execução do Art. 6° § 1° desta Lei da libertação do ventre.

Regul. n. 4835 do 1° de Dezembro de 1871—Matricula especial dos *escravos*, e dos filhos livres de *molhér escrava*.

Decr. n. 4960 de 8 de Maio de 1872—Altera o Regul. n. 4835 á cima na parte relativa á matricula dos filhos livres de *molhér escrava*

Av. n. 397 de 22 de Outubro de 1872—Em vista do Art. 4° § 6° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 não competem emolumentos aos Tabelliães pelo registro das *cartas de liberdade*.

Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872—Regulamento Geral para execução da mesma Lei n. 2040 de 1871.

Av. n. 248 de 24 de Julho de 1874—Sobre a escripturação e entrega de quantias provenientes do *peculio de escravos*.

Av. n. 480 de 18 de Dezembro de 1874 -A entrega, ás Thesourarias de Fazendas de quantias provenientes de peculio de escravos deve sêr acompanhada de guia da Autoridade competente.

Av. (na Rev.—*Direito*—Vol. 8°, pag. 186) de 23 de Junho de 1875—Depois da Lei de 28 de Setembro de 1871, na qual estatuio-se que ninguem mais nasceria escravo, são *absolutamente livres* os filhos das *alforriadas condicionalmente*, sem embargo de têrem sido levados á matricula.

A classificação de *bens immoveis*, *moveis*, e *semoventes*, apparece no Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Arts. 2° e 5° n. 1°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Arts. 1° e 2° n. 1°, sobre o imposto de transmissão de propriedade. Póde passar, comtanto que se-a-decomponha em dichotomica, entendendo-se que nella *bens* são *cousas*. *Bens* são objectos ideaes, e portanto não são immoveis, nem moveis, nem semoventes. Eis a decomposição. As cousas são *moveis*, ou *immoveis*. As cousas moveis são *semoventes*, ou *amoviveis*.

Assim como as *pessoas* fôrão na *extensão* divididas em *singulares* ou *universaes*, as *cousas* tambem na *extensão* devem sêr divididas em *singulares* ou *universaes*. E' a divisão mais elevada. As *cousas*, como as *pessoas*, mostrão-se em collecções; e quando as *cousas* em collecção não são personificadas, são *cousas universaes*; *universalidades de facto*, que não se confundão com as *universalidades de direito*, como exactamente recommenda Zachar. Div. Civ. Ed. Belga Tom. 1° pag. 139. As collecções de cousas não auferem o exteriôr sempre physico das *cousas*, porque as *universaes* apparecem nas fórmas visiveis de suas representações escriptas. Destas representações a primeira é a *Lei*.

Art. 43. As prestações perpetuas ou vitalicias de rendas, pensões, tenças, e fóros, seguem a natureza dos immoveis (2).

« *Acções exigiveis* (Reb. Observ. pags. 16 e 17) avalião-se, ponderando-se os gráos de probabilidade de sua cobrança, deduzidas as despezas extrajudiciaes e judiciaes. » *Difficilem rem postulasti*! Engano patente *de jure constituto* por qualquer de suas sortidas! Pela 1ª, porque em verdade a Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27 não manda fazêr taes avaliações: Pela 2ª, porque o Ass. de 23 de Março de 1786 trata de rendas e alugueres dos predios penhorados, que não são *dividas activas*: Pela 3ª, porque no caso dessas *acções exigivies* a arrematação *real á real* presuppõe a inutilidade da avaliação: Pela 4ª, porque Lobão Trat. das Exec. § 337 reconhece a nossa interpretação, dizendo: « A Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27 parece, que fixou os justos preços das *acções exigiveis* na sua mesma importancia. » Ha erro na distincção desse Praxista sobre *dividas inexigiveis* ou de *difficil e duvidosa cobrança*, para não reputal-as comprehendidas na cit. Lei de 20 de Junho de 1774. *Dividas inexigiveis* são as suspensas por condições, e portanto incobraveis antes do futuro evento. As de *difficil e duvidosa cobrança* estão indistinctamente compreendidas na Lei, fixadas em suas respectivas importancias.

(2) Ord. L. 3º T. 47 princ., e L. 4º T. 48 § 8.º A distincção entre rendas de locações por mais ou menos de dez annos cessou com a disposição do Alv. de 3 de Novembro de 1757. Tambem seguião a natureza dos immoveis os *direitos reaes*, *padroados*, e as *jurisdicções*. Não temos hoje *Donatarios da Corôa*, nem particular algum que exerça esses direitos da Soberania Nacional, inseparaveis dos Podêres Politicos, á quem forão delegados. Os *officios*, que a Ord. L. 4º T. 48 princ. tambem põe na linha dos immoveis, são meras serventias. não se-conferem á titulo de propriedade—Lei de 11 de Outubro de 1827. O Alv. de 23 de Fevereiro de 1771 suspendeu os de 21 de Junho de 1766, e 30 de Agosto de 1768, que, violentando a natureza das cousas, mandava considerar as—*apolices (acções) das companhias* — bens estaveis e solidos, que podião sêr vinculados, e não bens de terceira especie—. A Lei de 15 de Novembro de 1827, que fundou a Caixa d'Amortisação, não manda que as—*Apolices da divida publica*—se-reputem bens immoveis. Estão pois sem vigôr os Alvs. de 31 de Janeiro de 1775 § 3º, de 13 de Março

---

de 1797 §§ 5º e 7º, de 23 de Janeiro de 1801, e de 7 de Março de 1801 § 4º, que attribuião esta qualificação ás antigas—*apolices da divida publica*, e aos *padrões de juros*—, para o effeito de não poderem esses titulos sêr possuidos sem licença pelos corpos de mão-morta.—Veja se o Art. 44 da Lei de 18 de Setembro de 1845, e Decr. de 28 de Novembro de 1849.

E' certo, que violenta-se a natureza das cousas, quando se-manda considêrar bens immoveis apolices da Divida Publica, acções de companhias de commercio e industria, e quaesquer direitos perpetuos ou de longa duração. Entre esses direitos, e as cousas immoveis, não ha mais que uma analogia, ou semelhança, no ponto de vista da duração; porém a censura, que tenho feito, remonta ao disposto na Ord. L. 3º T. 47 princ., cabe á essa Ord., e não aos Alvs. de 23 de Fevereiro de 1771, 30 de Agosto de 1768, 31 de Janeiro de 1775 § 3º, 13 de Março de 1797 §§ 5º e 7º, 23 de Janeiro de 1801, e 7 de Março do mesmo anno § 4º, que não forão mais do que uma applicação ou consequencia daquella Ord. L. 3º T. 47 princ. As Apolices da Divida Publica são titulos de rendas perpetuas, e porisso comprehendidas naquella Ord., que attribue ás rendas perpetuas a natureza de immoveis. Modifiquei pois minhas idéas sobre este assumpto na parte relativa ás Apolices da Divida Publica, o que me-parece fóra de duvida; e de tal modificação resulta a preciosa consequencia, de que o marido não póde alienar sem outorga da molher Apolices da Divida Publica pertencentes ao casal.

3.ª ED.

Reguls. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 5º n. 2º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 2º n. 2º—São sujeitas ao imposto de transmissão de propriedade as *Apolices da Divida Publica Interna* (Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868 Art. 1º).

Os mesmos Reguls. n. 4355 Art. 5º n. 3º, e n. 5581 Art. 2º n. 3º—Tambem são sujeitos ao dito imposto os Titulos de Divida Publica Estrangeira.

O mesmo Regul. n. 5581 Art. 25 n. 7º, revogando o de n. 4355 Art. 7º n. 7º—Para liquidação do dito imposto, o valor das *pensões vitalicias* será o producto da pensão de um anno multiplicado por 5.

Os mesmos Reguls. n. 4355 Art. 5° n. 8°, e n. 5581 Art. 7° n. 8°—Para liquidação do dito impôsto, o valôr dos *Titulos da Divida Publica* será o *medio do marcado*.

Qual o *valôr médio do marcado*, para o effeito dos cit. Reguls. n. 4355 Art. 5° n. 8°, e n. 5581 Art. 7° n. 8°, ou para qualquer outro effeito? O calculado entre o maximo e o minimo da respectiva cotação diaria, segundo o Regul. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 41 n. 6°, e Art. 43.

Qual pórem o dia dessa cotação, nas transmissões *inter vivos*, e nas transmissões *causâ mortis*?

Quid, se não houvér cotação? Vid. Azevedo Castro Annot. aos cit. Reguls. do imposto de transmissão pag. 32 Not. 103.

« Apolices da Divida Publica (Rodrigues Miscell. pag. 31) são consideradas na classe de bens de raiz—Consolid. Art. 43 Not., 2ª Ed. O Sr. Conselheiro Rebouças, em suas Observações á este Art., não combina com a doutrina, e entende que pertencem á classe dos moveis. »

Tambem não combina o Liv. dos Dir. de Fam. Not. 2ª pags. 378, e 379. Os Apontam. Jurid. de Mott. pag. 23 forão publicados antes da minha 2ª Ed., e porisso transcrevêrão em contrario minha abandonada opinião da 1ª Ed.

Ao primeiro illustrado Discordante respondo:

1.° O *recebido* contra razão do direito não se-deve produzir para consequencias, aphorismo da L. 14 Dig. de *legib.*, e 141 *de reg. jur.* Opinando pela immobilidade das Apolices da Divida Publica, tenho contra mim o *recebido*, tenho em meu favôr o direito e a razão do direito na Ord. L. 3.° T. 47 princ. e L. 4° T. 48 § 8°; não tiro consequencias do *recebido*, tiro consequencias da *Lei*. Logo, protege-me o invocado aphorismo:

2.° Revogação de uma lei suppõe a existencia della. Nenhuma lei manda, que as Apolices da Divida Publica não se-repetem bens immoveis, antes lei temos mandando reputal-as taes. Logo, não é possivel aqui a revogação do *negativo*, sim e, unicamente, a revogação do *affirmativo*:

3.° Ou o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art 512 § 2°, admittia, ou não admittia, a comprehensão logica das Ords. citadas em relação ás Apolices da Divida Publica. Se admittia, derogou-as para o effeito somente da ordem dos penhôres commerciaes, como para um só effeito converteu o Cod. Com. Art. 478 as embarcações em bens immoveis. Se não admittia, foi coherente ao seu-pensar; mas sem tolhêr pensares diversos em tudo, quanto não fosse ordem dos penhôres commerciaes:

4.° Nada prova o Art. 529 do Cod. Civ. Franc., porque, se agora a legislação desse paiz declara *moveis* as rendas perpetuas sobre o Estado, outr'ora (antes da Revolução de 1789) as-declarava immoveis, como é facil vêr nos Commentadôres.

Ao segundo não menos illustrado Discordante respondo:

1.° Sendo certo que a legislação portugueza equiparava as *antigas Apolices* aos bens de raiz, tenho a maior do meu syllogismo por generosa concessão de meu adversario:

2.° « Esta legislação não póde sêr applicada ás nossas Apolices, taes como as-creou a Lei de 15 de Novembro de 1827. » Foi supposição minha na 1ª Ed. da Consolid., e tão erronea, que renunciei na 2ª Ed.:

3.° « As Apolices da Divida Publica não são por *sua natureza* immoveis, só a Lei póde adjectivar-lhes esse *caracter ficticio*. » Tambem o mesmo digo *rebus sic stantibus*, observando simplesmente que a nossa herança legislativa portugueza tanto foi de *realidades* como de *ficções*. Contenda o Livro dos Dir. de Fam. com o Alv. de 30 de Agosto de 1761, que reprova por *absurda, e contra sua propria natureza*, a reducção das Apolices á bens da terceira especie; dispute com o outro Alv. de 21 de Junho de 1766, que a mesma reducção condemna por—*contraria á mesma natureza*, pela qual as Apolices contêm *bens solidos e estaveis*, que podem sêr vinculados; interrogue ao Art. 529 do Cod. Civ. Franc., que diz:—São moveis *pela determinação da lei* as rendas perpetuas sobre o Estado:

Se é *absurdo* não considerar taes Apolices bens *immoveis*, ahi não ha *caracter ficticio*; se são *immoveis* por *sua propria natureza*—pela *mesma natureza*, não são *immoveis* por *ficção da lei*; e se são *moveis* pela *determinação da lei*, é por que são *immoveis* pela *natureza*. O legisladôr, que as-immobilisa, mira a duração da renda, vê immovel no *tempo*; o legisladôr, que as-mobilisa, só vê immovel no *espaço*:

4.° Renda perpetua *á titulo gratuito*, renda perpetua *á titulo oneroso*, tudo é renda perpetua. São especies na razão da causa juridica, e as especies não se-devem confundir, para só achar uma, e negar a outra, ou embebêr uma na outra. Não bastará o Art. 529 do Cod. Civ. Francêz com as suas *rendas perpetuas sobre o Estado*? Veja-se então o Esb. do Cod. Civ. dêsde o Art. 2235 ao Art. 2269:

5.° « São inalienaveis as rendas perpetuas e as vitalicias, assentamentos da Ord. L. 4° T. 55 » *Sim*, inalienaveis são as constituidas *á titulo gratuito*, porque seu fundo de constituição é a pura liberalidade, para não dizêr que não tem fundo; e porque tambem não devo dispôr daquillo, que se-me-deu só em consideração da minha pessôa. *Não*, quanto ás constituidas ou reservadas *á titulo oneroso*, por um contracto oneroso de—*do ut des*—; e porque á cada um é livre dispôr daquillo, que adquirio em trôco do seu dinheiro, ou de seus bens:

6.° O resgatavel das rendas constituidas ou reservadas, perpetuas ou vitalicias (nas outras adquiridas á titulo gratuito não ha resgate, porque não ha capital) não lhes-tira seu caracter de perpetuidade ou vitaliciedade. São *essencialmente resgataveis*, diz o Art. 2246 do Esb. do Cod. Civ., diz o Art. 530 do Cod. Civ. Franc. E' um direito inauferivel do devedôr da renda, e a immobilidade fica salva na inexigibilidade do capital:

7.° Não tem sido tal a intelligencia pratica, na Caixa da Amortisação não exige-se outorga da molhér para o marido transferir suas Apolices; mas, contra esse *uso*, *uso* eu agora da potente arma ministrada pelo primeiro Discordante, o aphorismo da L. 14 Dig. *de legib.*, e 141 *de reg. jur.*—*quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*—. Aqui sim, temos direito, temos fina razão de direito, contra um *negatorio uso mal recebido*.

8.° Em conclusão falle meu syllogismo vencedôr:

Taes rendas (letra da Ord. L. 3° T. 47 princ.) seguem a natureza e qualidade dos bens de raiz, por taes são havidas, e julgadas:

Ora, são *taes rendas* as Apolices da Divida Publica:

Logo, as Apolices da Divida Publica seguem a natureza e qualidade dos bens de raiz, e por taes são havidas e julgadas.

Fixada a idéa de Apolices da Divida Publica, foi uma violação de contracto o Art. 20 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, que revogou o Art. 37 da Lei de 15 de Novembro de 1827. Este Art. 37 isentava as Apolices do imposto de heranças e legados, que agora págão, como tem regulado o Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868, e confirmado os dois Reguls. de 1869 e 1874 sobre o impôsto de transmissão de propriedade.

Art. 44. São immoveis os bens por sua natureza, pelo seu destino, ou pelo objecto á que se-applicão (3).

Art. 45. São immoveis por sua natureza:

Os predios urbanos, e rusticos:

Todas as arvores, e fructos, emquanto adherentes ao solo (4).

---

(3) Instrucções do 1° de Setembro de 1836 Art. 5.°

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 15 n. 1°, 2°, e 3°—São immoveis para o effeito de sêr devido imposto de transmissão de propriedade:

1.° Os bens de raiz por sua natureza (Prov. de 8 de Janeiro de 1849, Instr. do 1° do Setembro de 1836 Art. 5°, Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853):

2.° Os reputados taes por destino (Prov. e Instr. citadas, Ord. n. 143 de 4 de Outubro de 1847):

3°. Os que pelo objecto á que se-applicão participão dessa natureza (Disposições citadas).

Esta theoria, como reconhece Demolombe Propriet. n. 331, pode sublevar difficuldades mui serias.

(4) Resol. de 16 de Fevereiro, e de 16 de Setembro de 1818; Prov. de 8 de Janeiro de 1819, e citadas Instrucções Art. 5.°

Predios urbanos e rusticos—em chão livre ou foreiro—Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853. A alienação de predios em chão foreiro é alienação do dominio util, de que falla essa Ord. O direito real, que tem o emphyteuta, é considerado como se fosse o direito real de dominio, e porisso á semelhança deste se designa pelos immoveis, sobre que recahe. Não havia pois razão para o Man. do Procur. dos Feit. § 528 n. 4 classificar á parte o *dominio util*. Nesta mesma censura incorre o Art. 2° § 1° da novissima Lei hypothecaria, declarando sêr objecto de hypotheca o *dominio util*, etc.

3.ª ED.

Arvores—considerão-se juridicamente, em suas *raizes* por se dilatarem sob o solo, em seus *ramos* por se dilatarem sobre

Art. 46. São immoveis por destino todos os instrumentos de agricultura, utensilios das fabricas, alambiques, gados dos engenhos, e outros estabelecimentos, emquanto se-achão á elles unidos, e não podem sêr separados sem interrupção dos respectivos trabalhos (5).

---

o solo, provocando assim questões entre tituláres de predios confinantes. Dilatando-se sobre o solo do visinho, e causando-lhe prejuiso resultante da *sombra*, ou de outra causa, procede a regra de respondêr cada um por si, e pelas causas de sua propriedade.

Fructos—com o nome de *fructos naturaes*, por opposição aos *fructos civis*, isto é, rendas de qualquer cousa.

Em quanto adherentes ao solo—o que extensivo é á *arvoredos, arbustos, plantações, plantas*.

Fructos pendentes são os unidos aos respectivos vegetaes.

Fructos percebidos são os colhidos.

Fructos percipiendos os que não forão colhidos, mas devião ser colhidos.

Fructos exstantes são os colhidos ainda em sêr na posse de quem os-colheu.

Fructos consumidos os colhidos, já gastos, ou alienados, por quem os-colheu.

Veja-se Alm. e Souz. Trat. das Arvores na Dissert. 8ª do Facisc.

(5) Leis citadas, e Decis. n. 143 de 4 de Outubro de 1847.

Não assim o gado, e bens moveis não reunidos aos immoveis, por não serem do serviço e parte integrante dos estabelecimentos—Cit. Decis. de 4 de Outubro de 1847. Nem os objectos, que possão ser tirados sem ruina ou deterioração dos immoveis, ou dos estabelecimentos—Av. n. 367 de 6 de Novémbro de 1856.

São *accessorios dos immoveis* (Art. 2° § 2° da novissima Lei hypothecaria) para o effeito de podêrem ser objecto de hypotheca com os mesmos immoveis.

3.ª ED.

O Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 sobre o imposto de transmissão de propriedade attendeu no Art. 9° ás transmissões simultaneas de immoveis, e moveis, ainda quando

Art. 47. São immoveis pelo objecto á que se-applicão:

O usufructo das cousas immoveis:

As servidões:

As acções, que tendem á reivindicar algum immovel (6).

---

estes se não reputem immoveis por destino, mandando cobrar o imposto na razão da taxa dos bens de raiz sobre o preço total; mas exceptuando os contractos e actos, em que se-estipular designado preço para os moveis.

« A excepção (Annibal Annot. ao cit. Regul. Not. 147) é sòmente relativa ao caso, em que os moveis não fazem parte integrante dos immoveis; porque, se fizerem, considerão-se immoveis por destino (Consolid. Art. 46), e são sujeitos ao imposto na razão da taxa dos bens de raiz »

Approva-se esta sensata observação.

O Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 17 repete a mesma disposição do antecedente n. 4355, mas accrescentando na excepção do § 1°—Os contractos, ou actos, que comprehendêrem escravos; devendo pagar-se destes, em todo o caso, o imposto de transmissão de escravos.

Pertenças e accessorios são as palavras tabelliôas, pelas quaes abrangem as escripturas todas as cousas moveis, como partes de um immovel. D'ahi resulta a immobilisações.

Fructos são pertenças da terra.

(6) As Leis citadas ao Art. 45.

O usufructo das cousas immoveis, isto é, o *direito real de usufructo sobre immoveis*, e não todo o direito de gôzo relativo á immoveis. Esse direito de gôzo póde sêr um *direito pessoal*, como o do locatario, o do commodatario com faculdade de gozar; e não se-paga siza nem pelo contracto de locação de immoveis, nem por emprestimo ou concessão gratuita do gôzo desses bens, nem pela sublocação delles, nem pelas cessões de arrendamentos. Paga-se porém pela constituição do *usufructo* em immoveis por titulo oneroso, e pela cessão do usufructo em immoveis de outrem tambem por titulo oneroso, porquanto estes contractos equipárão-se á compra e venda. Vid. Nots. aos Arts. 593 § 1° e 651.

As servidões (que recahem sempre sobre immoveis), isto é, constituição de servidões tambem por titulo oneroso, que é só a que paga siza pelo mesmo motivo de equiparar-se á compra e venda. Não a cessão deste direito real, porque elle é intransmissivel separadamente dos immoveis.

O usufructo e a servidão são reconhecidos como direitos reaes no Art. 6° da novissima Lei hypothecaria, porém o usufructo póde recahir sobre immoveis ou bens moveis.

As acções que tendem á reivindicar algum immovel, isto é, cessão de acções de reivindicação de immoveis por titulo igualmente oneroso, sem o que não se-equipára á compra e venda, e portanto não se-paga siza. É uma applicação da regra da L. 15 Dig. *de div. reg. jur.—is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur—.*

3.ª ED.

Vid. Cunha Miranda—Dir. de Usufructo—.

Reputem-se não escriptas as distincções da Not. á cima em relação ao imposto da siza, pois que este, com o da taxa de heranças e legados, e outros, forão reunidos no de transmissão de propriedade.

Reguls. n. 4355 de 17 de Adril de 1869 Art. 5° n. 4°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 5°.— E' devido o imposto dos *direitos* e *acções* relativas aos bens, de que tratão os numeros antecedentes. Vid. Not. 118 ao Art. 593.

Compreendem-se no Art. 47 Consolid. os direitos reaes de *uso*, e de *habitação* (Art. 884 Not. *infra*), e assim pensa Demolombe Propriet. n. 335. O *usofructo* dá o direito real de *usar e gosar* cousa alheia. O *uso* e a *habitação*, dão somente direitos reaes de *usar* sem *gosar*.

Não se compreende porem no Art. 47 Consolid. o *quasi usufructo*, pois não tem por objecto *immoveis*, mas sim *cousas fungiveis*, de que o *quasi-usufructuario* fica devedor para pagar com outras tantas em quantidade e valor. D'esta extenção vem distinguir-se (Coelh. da Roch. Dir. Civ. §608 not.) entre *quasi usufructo* e *mutuo*. Distincção vã, porque, se no usufructo o nú proprietario tem uma *spes dibitum iri*—, sem duvida o usufructuario é o correspondente devedor d'essa esperança passiva—infinita. Não ha legitimidade no *usufructo*, senão quandosugeito ao *fideicommisso*.

As *servidões* do Art. 47 Consolid. são as *servidões reaes*, em que o direito real compete á immoveis personificados. *Usufructo, uso, e habitação*, tambem são *servidões* mas *servidões pessoaes*, isto é, que competem á pessoas. O aspecto da Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 não foi o *activo* dos *direitos reas*, sim o *passivo* com a denominação de *onus reas*.

Art. 48. São consideradas partes integrantes das Fabricas de mineração, e de assucar, e lavoura de cannas, para se não desmembrarem nas execuções (7), as machinas, bóis, cavallos, e todos os moveis effectiva e immediatamente empregados na laboração das mesmas Fabricas, e lavouras (8).

---

(7) Os escravos maiores de 14 annos, e as escravas maiores de 12, tambem se-considerão partes componentes desses Estabelicimentos, mas tão sómente para se não desmembrarem nas execuções. Das vendas de bens de raiz se-paga siza, que é imposto geral; das vendas de escravos o imposto diverso e provincial da meia siza—Ordem n. 247 de 9 de Setembro de 1840.

(8) Alvs. de 6 de Julho de 1807 § 2°, de 21 de Janeiro de 1809 § 2°, Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 2°, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 531 § 2.° É o denominado *privilegio da integridade*. Vid. Arts. 586 § 8°, e 589.

Vulgarmente tambem se-denomina *privilegio de senhor d' engenho*. Não ha porém na disposição da Lei de 30 de Agosto de 1833 alguma concessão de privilegio, e ao contrario estabelece no Art. 1°, que as fabricas de mineração e de assucar, e lavouras de cannas, ficão sujeitas ás leis geraes das execuções. Desta maneira foi revogado o antigo *privilegio de senhor d' engenho* dos Alvs. de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809, que isentárão da penhora essas propriedades, á não se-darem certas e determinadas circunstancias. Uma das leis geraes das execuções é a estatuida pela de 20 de Junho de 1774 § 24, e pelo Regul. Com. n. 737 (Art. 586 § 7° Consolid.), e nella se-comprehendem as propriedades de que se-trata, do mesmo modo que quaesquer outros bens com todas as suas partes integrantes. A Lei de 30 de Agosto de 1833 explicou apenas no Art. 2° quaes erão as partes integrantes de taes propriedades, e a sua explicação nada tem de forçada. Vid. Art. 38 § 1° do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Attenda-se: essa Lei diz no Art. 1°—*as fabricas de mineração e de assucar, e lavouras de cannas*—, no Art. 2° falla distinctamente de fabricas, e lavouras; e nestas duas palavras não ha syncnimia, ou uso inutil de expressão. O fim da lei foi comprehendêr em sua disposição, não só os senhôres de engenhos de assucar, como os lavradôres de cannas, que não tem engenhos, e vão moê-las nos engenhos proximos.

Art. 49. Ainda que as embarcações sejão bens moveis, estão comtudo sujeitas nas vendas judiciaes ás solemnidades das arrematações dos immoveis (9).

Art. 50. São predios urbanos:

Não estão no mesmo caso os donos de alambiques de aguardente ou cachaça.

Reputão-se partes integrantes das propriedades agricolas, para o effeito de poderem ser objecto de hypotheca (Art. 2º § 1º da novissima Lei hypothecaria) os escravos e animaes pertencentes ás ditas propriedades, que forem especificados no contracto, sendo hypothecados com ellas. São accessorios dos immoveis agricolas, para o mesmo effeito (Art. 2º § 2º da cit. Lei) os instrumentos da lavoura, e os utensilios das fabricas respectivas adherentes ao sólo. Vid. Not. ao art. 46.

« Fica derogado (Art. 14 § 2º da novissima Lei hypothecaria) o privilegio das fabricas de assucar e mineração, do qual trata a Lei de 30 de Agosto de 1833. » Vid. Not. ao Art. 586 § 8.º

3.ª ED.

Quanto aos impostos da siza de bens de raiz, e meia siza de escravos, de que falla-se nesta Nota; forão absorvidos no imposto de transmissão, segundo os Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e n. 5581 de 31 de Março de 1874

(9) Cod. do Com. Art. 478, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 542. O Cod. do Com. conformou-se com a antiquissima praxe do Fôro Civil.

Ninguem se-illuda com a disposição do Cod. do Com. Art. 478. As embarcações são bens moveis, e portanto o proprietario dellas póde aliena-las ou hypotheca-las sem outorga de sua molhér. Esse Art. não altera a natureza de taes bens, manda simplesmente que nas arrematações delles se-observem as solemnidades prescriptas para arrematações dos immoveis.

3.ª ED.

Tambem o Art. 512 § 2º do cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 não altera a natureza legal dos Titulos de Divida Publica senão na ordem das penhoras commerciaes,

§ 1.º Todos os que servem para habitação, commodidade, e recreio, dos moradôres das Cidades, Villas, e Povoações; como casas, cocheiras, cavallariças, senzalas, barracas, telheiros, trapiches, armazens, lojas; e quaesquer outros edificios, de qualquer denominação, e fórma, que sejão, e de quaesquer materiaes que sejão construidos e cobertos; uma vez que sejão immoveis, isto é, fixados no solo; e de maneira que se não possão tirar, e transferir, do logar, em que se-acharem, sem se-destruirem:

§ 2.º As chacaras, quintas, e jardins, situados dentro dos limites das Cidades, Villas, e Povoações:

§ 3.º Os predios nobres, que servem para morada, e recreio, dos que habitão no campo, temporaria ou continuadamente, como casas, cocheiras, e jardins (10).

Art. 51. São predios rusticos:

§ 1.º Os terrenos destinados para agricultura, ou sejão grandes ou pequenos, cercados ou não cercados, cultivados ou incultos; como sesmarias, fazendas, estancias, sitios:

§ 2.º As casas de continuada morada dos fazendeiros e agricultôres, os paióes, celleiros, armazens, adegas, curraes, cavallariças, senzalas, barracas, e cabanas; os engenhos, fabricas, e quaesquer officinas; os moinhos d'agua, e de vento, que não fôrem portateis; os ranchos, telheiros, aqueductos; canaes, portos, e quaesquer edificios de qualquer denominação, fórma, e construcção, que sejão, quando fôrem immoveis:

---

como agora observei ao Art. 43 Not. Ninguem pois se-illuda outrosim quanto á ordem das penhoras não commerciaes, quanto á necessidade da outorga da molhér casada para alienação de taes Titulos da Divida Publica. Cumpra-se a lei da Ord. L. 3º T. 47 princ. e L. 4º T. 48 § 8º.

(10) Instrucç. do 1º de Setembro de 1836 Art. 6º, Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 2.º

C. L. C.

§ 3.° As datas de terras, e aguas mineraes, estejão ou não em uso, e aproveitamento (11).

Art. 52. São do *dominio nacional* (12) :

§ 1.° As cousas do *uso publico*, como estradas, e ruas publicas; rios navegaveis, e de que se-fazem os navegaveis, se são caudaes, que corrão em todo o tempo (13); e igualmente os portos de mar, onde navios costumão ancorar (14):

---

(11) Cit. Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Art. 7.°

(12) *Dominio Nacional* no sentido mais extenso.

(13) Ord. L. 2° T. 26 § 8.°—E pôsto que (palavras da Lei) o uso das estradas e ruas publicas, e dos rios, seja igualmente commum á toda gente, sempre a propriedade fica no Patrimonio Real. Esta Ord., com todos os seus paragraphos, sobre os direitos da soberania, que out'ora denominavão-se *Direitos Reaes*, foi transcripta do Cap. 237 das Ordenações da Fazenda de 17 de Outubro de 1516, que vem no 1° Volume do Syst. dos Regimentos.

Ha estradas, que não pertencem á administração geral do Estado, sobre as quaes legislão as Assembléas Provinciaes—Acto Add. Art. 10 § 8.

Ellas tambem legislão sobre a navegação de rios no interior das Provincias, que não pertença á administração geral do Estado—Acto Add. loc. cit.

3.ª ED.

Decr. n. 3749 de 7 de Dezembro de 1866—Abrindo os rios Amazonas, Tocantins, Tapajóz, Madeira, Negro, e S. Francisco, á navegação dos navios mercantes de todas as Nações.

(14) Cit. Ord. L. 2° T. 26 § 9.° Estão no mesmo caso as *praias do mar*, e os—*mares territoriaes*—ou adjacentes em tanta distancia, quanta abrangêr o tiro do canhão—Alv. de 4 de Maio de 1805 § 2.° Mas as *praias do mar*, comprehendidas nos chamados terrenos de marinhas, pertencem em grande parte ao dominio particular, salvo o directo do Estado. Principiou-se pelo Decr. de 21 de Janeiro de 1809, que mandou aforar ou arrendar no Rio de Janeiro algumas praias para construcção de trapiches O Decr. de 13 de Julho de 1820 mandou legitimar concessões feitas por diversas Autoridades. E finalmente o Art. 51 § 14 da Lei de 15 de Novembro de 1831 deu faculdade ampla para o aforamento dos terrenos de marinhas, e mandou expedir titulos aos posseiros. Esse Décr. de 13 de Julho de 1820 diz, que sempre forão consideradas como dependencia da Repartição da Marinha todas as praias de qualquer porto, e particularmente aquellas, que ficão situadas nas immediações dos Estabelecimentos Navaes.

3ª. ED.

Veja-se a Introducção do Opusculo de Costa Lima—Collec. de Leis sobre Terrenos de Marinha.

§ 2.° As cousas do *dominio do Estado*, como ilhas adjacentes mais chegadas ao territorio nacional (15), terrenos de marinhas (16), mares interiôres além do ponto, onde as marinhas terminão (17); quaesquer accumulações de terras casuaes, ou artificiaes, que assentão sobre o fundo do mar (18), terras de-

---

(15) Ord. L. 2° T. 26 § 10.

(16) Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 14, Instrucções de 14 de Novembro de 1832 Art. 1.° É pura creação das nossas Leis modernas essa especie de *domnio do Estado*. Na antiga legislação a palavra *marinhas* designava os logares da praia, onde se-fazião salinas, de que a Corôa tirava rendas—Ord. L. 1° T. 62 § 46, e L. 2° T. 26 § 15. Essas marinhas de sal não tem analogia com o que hoje se-denomina *terrenos de marinhas*, se bem que antigamente ellas davão-se de sesmaria, e aforavão-se, com o nome de *salgados* e *sapaes*—Cabed. Part. 2ª Decis. 53, Alv. de 17 de Julho de 1769.

Os Avs. n. 256 de 15 de Novembro de 1852, e n. 231 de 10 de Julho de 1857, reconhecem, que ha terrenos de marinha, que não são do dominio do Estado, pois que delles fizerão-se concessões gratuitas.

(17) Decis. n. 42 de 3 de Fevereiro de 1852.

(18) Cit. Decis. de 3 de Fevereiro de 1852. Não comtemplo os *accrescidos por alluvião dos rios*, porque são disposições singulares as do Regim. das Lizirias de 24 de Novembro de 1576 Cap. 1° e 33, de 24 de Julho de 1704 Cap. 1°, e do Av. de 14 de Julho de 1807. Vid. Lobão Not. á Mell. L.3° § 7°, e Dissert. no fim das Not. ao L. 1.°

volutas (19), minas e terrenos diamantinos (20), páo-brazil (21)

Vid. Av. n. 379 de 7 de Dezembro de 1855. Não se-póde aterrar sobre o mar sem licença do Governo—Av. n. 100 de 24 de Agosto de 1842.

3.ª ED.

Regul. n. 447 de 19 de Maio de 1846 Art. 13—Ninguem poderá fazêr aterros, ou obra, no litoral do Porto, ou rios navegaveis, sem que tenha obtido licença da Camara Municipal, e pela Capitania do Porto seja declarado, depois de feitos os devidos exames, que não prejudicão o bom estado do Porto, ou rios, ou Estabelecimentos Nacionaes de Marinha de guerra, e os logradouros publicos, sob pena de demolição das obras, e multa, além da indemnisação do damno causado.

Av. n. 230 de 9 de Julho de 1874—Não têm logar o aforamento de *terrenos accrescidos* na parte do litoral comprehendida no plano do cáes geral da Cidade do Rio de Janeiro.

Av. n. 370 de 15 de Outubro de 1874—Não tem logar a concessão de outros *terrenos accrescidos* na mesma Cidade.

(19) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Arts. 1° e 14.

3.ª ED.

Terras publicas, como tambem se-diz em nossa legislação antes e depois de crear-se a Repartição Geral das Terras Publicas (Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 21, e Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854) são as mesmas *terras devolutas*, ou ainda agora desoccupadas, ou já na posse dos particulares. Vid. Arts. 53, 904, e 905, *infra*.

(20) Ord. L. 2º Tit. 26 § 16, Tit. 28 princ., e Tit. 34 § 10, Alv. de 24 de Dezembro de 1734, Dec. de 25 de Outubro de 1832 Art. 9°, Av. de 23 de Março de 1838, Lei n. 374 de 24 de Setembro de 1845 Art. 9°, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 16 § 4.° E' um *direito real* sobre o interiôr do solo. Vid. Notas ao Art. 903.

Decr. de 16 de Setembro de 1824, Dec. n. 665 de 6 de Setembro de 1852, Lei n. 751 de 15 de Julho de 1854, Av. n. 214 de 9 de Junho de 1856. O novissimo Decr. n. 3350 de 29 de Novembro de 1864 marca os prazos, dentro dos quaes os concessionarios de minas devem começar á lavra-las, e recomeçar os trabalhos interrompidos.

3.ª ED.

Decr. n. 465 de 17 de Agosto de 1846—Regul. da administração dos *terrenos diamantinos*.

Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875—Novo Regul. da administração dos *terrenos diamantinos*.

Outro *direito real* sobre o interiôr do solo, que não pertence ao dominio do Estado, é o de *sepulturas perpetuas*, á que refere-se o Decr. n. 1946 de 15 de Julho de 1857.

(21) Regim. de 12 de Dezembro de 1605, Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 11, e Regul. de 11 de Janeiro de 1842. E' um *direito real de superficie*

Lei de 21 de Outubro de 1843 Art. 27, Regul. n. 363 de 20 de Junho de 1844, Ord. n. 36 de 15 de Março de 1845, e 140 de 22 de Dezembro de 1845.

Fica abolido o estanco da venda do páo-brazil, e permittido o commercio deste producto nos termos da legislação fiscal, que regula o dos outros generos de exportação—Lei n. 1040 de 14 de Setembro de 1859 Art. 12. Deixou portanto de sêr do dominio do Estado.

3.ª ED.

« Não decretou o Podêr Legislativo (Rebouças Observ. pag. 20) a alienação do *páo-brazil* do dominio nacional, e a conclusão da Consolid. não está conforme ás premissas dizendo: Deixou portanto de sêr do dominio do Estado ».

Não era do dominio do Estado somente o *páo-brazil*. Tambem lhe-pertencião outras madeiras, as destinadas para construcção de navios, que chamavão-se *madeiras reservadas*, e designavão-se em relação á cada Provincia, como vê-se (sem memorar a legislação antiga) da Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 5° § 12, e dos Avisos de 19 de Janeiro, e 3 de Novembro de 1833, 17 de Novembro de 1834, e 7 de Agosto de 1835; mas, na duvida, abstive-me de contempla-las na minha 1ª Ed., até que ao tempo da 2ª Ed. veio ao meu conhecimento o Art. 12 da Lei n. 1040 de 14 de Setembro de 1859.

Abolido o estanco da venda do *páo-brazil*, ficando livre seu commercio, e portanto seu córte; cessou o dominio do Estado sobre *madeiras reservadas*, não devia-se dizêr nos Apontam. Jurid. de Mott. vb. *mattas*: « Segundo estas disposições, per-

bens á que não é achado senhorio certo (22); os do even-

tencem á Nação, quando não pertencem por titulo legitimo á particulares. »

Dêsde a minha 1ª Ed. disse, que ahi havia um *direito de superficie*, e tal ahi era o dominio do Estado; e ter dito na 2ª Ed. que deixára o *páo-brazil* de sêr do dominio do Estado, não foi dizêr (como suppõe-se) que o *Poder Legislativo decretára a alienação do páo-brazil do dominio nacional!*

Nas suas mattas e florestas tem o Estado seu *dominio pleno*, salvo até certo ponto o uso publico; mas não tem mais o antigo direito real de superficie—*jus in re aliena*—sobre mattas do dominio particular. E' livre á cada um cortar e vendêr nos terrenos de sua propriedade as madeiras outr'ora —*reservadas pela lei*—. Fação estas distincções, e não surgiráõ motivos de duvida.

Pela incerteza de juizos sobre as *madeiras de lei*, ou *madeiras prohibidas*, os Reguls. dos terrenos diamantinos, n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 48, e n. 5955 de 23 de Junho de 1875 Art. 86, permittindo aos respectivos arrendatarios, para suas construcções, aproveitar as madeiras das mattas publicas dos districtos, onde estiverem os terrenos, reservou as madeiras, *que fossem de lei.*

(22) Ord. L. 2º Tit. 26 § 17, Av. de 21 de Agosto de 1840, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3º § 1.º Omitto os bens de Capellas vagas, porque poucos ou nenhuns bens encapellados existem em virtude da Lei de 6 de Outubro de 1835, que abolio os vinculos. A legislação á tal respeito é a seguinte: Lei de 9 de Setembro de 1769 § 18, Alv. de 23 de Maio 1775, Alv. de 2 de Dezembro de 1791, Alv. de 20 de Maio de 1796, Alv. de 14 de Janeiro de 1807, Lei de 15 de Novembro de 1827 Art. 68 § 2º, Ordens de 30 de Junho, e de 4 de Julho de 1837, Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 4º, e Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2.º.

Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 1.º

São bens vagos, que se-devolvem á Fazenda Nacional, e taes se-reputão: os objectos achados, e depositados competentemente, não reclamados dentro do prazo legal—Cod. do Proc. Crim. Art. 195, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39, Av. n. 197 de 20 de Julho de 1855; e os encontrados nos cofres de orphãos sem se-sabêr á quem pertencem—Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39, e Av. n. 125 do 1º de Julho de 1854. (Vid. Not. ao Art. 893 *infra*)

to (23); aquelles, cujo dono falleceu sem testamento, não

3.ª ED.

Av. n. 53 de 15 de Fevereiro de 1853—Não é da competencia do Ministerio da Fazenda providenciar sobre Capellas existentes, administradas por Ordens Terceiras, Irmandades, e pessoas particulares.

Av. n. 78 de 16 de Março de 1854—Hajão nas Provedorias de Resíduos *Livros do Registro das Capellas e seus Tombos*, na fórma da Ord. L. 1º T. 50 §§ 2º e 3º, e do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 7.º

Av. n. 85 de 28 de Março de 1854 —Sobre as Capellas no caso de sêrem incorporadas á Corôa.

Av. n. 138 do 1º de Maio de 1868—Bens de uma Imagem sem Irmandade pelo facto da *vacancia* passão para a Fazenda Publica, sujeitos á ficalisação do Juizo da Provedoria.

Bens vagos, á que não é achado senhôr certo (palavras da cit. Ord. L. 2º T. 26 § 17) fazem parte da grande classe dos bens sujeitos ao—*dominio casual*—; á sabêr (Dicc. Jur. de Per. e Souz.), o que acontece ao Rei (hoje ao Estado) por *direito de conquista*, ou por *adquisição*. Vid. Not. ao Art. 884 *infra*. Oppõe-se o *dominio casual* ao *dominio fixo*, que é o antigo dominio do Patrimonio de Rei (hoje do Estado). Para Portugal a descoberta do Brazil deu-lhe sobre o territorio conquistado um *dominio casual*. Para nós Brazileiros o *territorio nacional* (Art. 2º da Const.) deu ao Estado um *dominio fixo*.

(23) Ord. L. 3º Tit. 94, Regul n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3º § 3.º Vid. Art. 3º do Regul n. 2433 de 27 de Junho de 1845, onde ordenou-se que as palavras *Municipio da Côrte* fossem substituidas pelas palavras *em todo o Imperio*. Mas, depois das vacillações de diversas Leis de Orçamento, e dos Avisos n. 105 de 8 de Outubro de 1846, e n. 205 de 14 de Agosto de 1849, o Art. 14 da Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850 mandou, que o rendimento do *evento* ficasse pertencendo á receita provincial. Está, pois, justificada a restricção do § 3º Art. 3º do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842. Surgirá talvez ácerca deste assumpto uma legislação exorbitante, ao sabôr de cada uma das Assembléas Porvinciaes; e

deixando parentes até o decimo gráo segundo Direito Civil; ou com testamento, se os herdeiros repudião a herança (24); todas as embarcações, que se-perdêrem, e dérem á costa nas praias do Imperio; e seus carre-

---

tão fundado é o receio, que o Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853 teve a precaução de explicar, que *bens do evento* não erão todos os bens vagos.

Regul n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 3.°

(24) Regim. de 11 de Maio de 1560 § 8.° Ord. L. 1.° Tit. 90 § 1°, L. 3° Tit. 18 § 9°, L. 4° Tit. 94., *in fin*. Lei de 4 de Dezembro de 1775, Alv. de 28 de Janeiro de 1788, de 26 de Agosto de 1801, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2°, Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 3.° Este ultimo Regul. mandou supprimir as palavras—*ou sem elle*—, escriptas no Art. 3° § 2° do Regul. de 9 de Maio de 1842. Ora, a herança póde ser repudiada nos dois casos de havêr, ou não havêr, testamento; e fôra conveniente declarar, que em qualquer dos dois casos o Fisco não entra senão depois de esgotada a escala da successão, Vid. Art. 959 § 5° e a respectiva Nota, e Art. 974. O § 4° Art. 3° do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, copiado do § 1° do Alv. de 26 de Agosto de 1801, é completamente ocioso.

Sobre a computação dos gráos de parentesco, até o decimo gráo segundo Direito Civil, veja-se a Not. 1.ª ao Art. 959 Consolid.

Ou com testamento, se os herdeiros repudião a herança—bem entendido, não havendo herdeiro legitimo; isto é, parente até o decimo gráo segundo Direito Civil, e conjuge sobrevivente.

Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 2.°

gamentos, sendo de inimigos, ou corsarios (25); e os proprios nacionaes (26):

---

(25) Alv. de 20 de Dezembro de 1713, Regul. n. 160 de 9 de Maio, de 1842 Art. 3° § 5.° (Vid. Regul. de 22 de Junho de 1836 Art. 305, e n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 12.) Esse Alv. de 1713 derogou a Ord. L. 2° T. 32 § 1°, onde se-facultava, que as cousas assim perdidas pelo naufragio fossem do primeiro occupante. Refere Phebo Decis. 195, que por uma Lei de 28 de Julho de 1704 se-havia obrigado os achadôres á pagarem o quinto para a Corôa. No § 5° Art. 3° do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 supprimio-se a palavra—*infiéis*—.

Sendo de inimigos ou corsarios. Quando não forem de inimigos ou corsarios, não pertencem ao Estado; e deve-se observar, não só o disposto no Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 12, e no das Alfandegas n. 2647 de 19 de Setembro de 1860 Arts. 331 á 338 (que substituio o de 22 de Junho de 1836), como o Cod. do Com. Arts. 731 á 739, Regul. n. 737 Art. 21 § 5°, Off. n. 66 de 5 de Fevereiro de 1856, e as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2° *supra*. Quanto á França—Convenção Consular Art. 11. Quanto a Italia—Convenção Consular Art. 12 n. 1°. Quanto á Portugal—Convenção Consular Art. 17. Quanto á Hespanha—Convenção Consular Art. 14.

« São *bens vagos*, que na conformidade das leis vigentes se-devolvem á Fazenda Nacional (Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 5°) todas as embarcações, ou navios, que se perdêrem, ou dérem á costa, nas praias do Imperio; e seus carregamentos, sendo de inimigos ou corsarios; salvo accordo, ou convenção, em contrario ».

Todavia, um dos principios de Direito Maritimo assentados no Congresso de Paris, e aceitos pelo Brazil, foi—que a mercadoria neutra, com excepção do contrabando de guerra, não póde sêr aprezada sob pavilhão inimigo—Vid. Relat. do Minist. de Estr. 1857. Neste sentido pois fica modificada a disposição do texto, na parte relativa aos carregamentos de navios inimigos.

(26) Regim. da Faz. de 17 de Outubro de 1516 Cap. 18, 95, e 115; Lei de 4 de Outubro de 1831 Arts. 27 § 5°, e 64; Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 15, Instrucç. de 26 de Abril de 1832 Part. 3ª Cap. 2°, Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 3° §§ 4° e 9°, e Art. 16 § 2.°

§ 3.° Os *bens da Corôa*, á saber : palacios, terrenos nacionaes, e construcções, que pertencem ao Imperador, e á seus successôres (27).

Art. 53. São *terras devolutas*:

§ 1.° As que não se-acharem applicadas á algum uso publico, nacional, provincial, ou municipal:

§ 2.° As que não se-acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forão havidas por sesmarias, e outras concessões do Governo Geral ou Provincial ; não incursas em commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação, e cultura:

§ 3.° As que se-acharem dadas por sesmaria, ou outras concessões do Governo, que, apezar de incursas em commisso, forem revalidadas:

§ 4.° As que se-acharem occupadas por posses, que, apezar de não se-fundarem em titulo legal, fôrem legitimadas (28).

---

(27) Const. do Imp. Art. 115, Off. de 15 de Março de 1833, e Regul. n. 6 de 12 de Janeiro de 1842 Art. 3° § 1.°

3.ª ED.

O têxto só contemplou immoveis como *bens da Corôa*, e não ecravos á elles annexos. Sobre taes escravos temos agora a lesgislação seguinte:

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 2°—. Serão declarados libertos os Escravos dados em usufructo á Corôa:

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873 Art. 75 n. 2°, e § 2°—Os Escravos dados em usufructo á Corôa são equiparados, para todos os effeitos, aos escravos pertencentes á Nação.

Sobre os *bens da Corôa* recahe o dominio, que chama-se—*dominio da Corôa*—. Vid. Not. ao Art. 884 *infra*.

(28) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 3°, e Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854.

Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 5°, Av n. 98 de 8 de Maio de 1854.

Autorisou-se a venda dellas—cit. Lei de 18 de Setembro de 1850 Art. 14, assim como o aforamento das terras reservadas—cit. Regul. n, 1318 de 30 de Janeiro de 1854 Arts. 72 á 79, e o de lotes de terras devolutas proximas ás colonias militares de Pernambuco e Alagôas—cit. Lei n. 601 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 5°. Por concessão gratuita ninguem as-póde adquirir, excepto nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de dez leguas—cit. Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 1°. Tambem não se-dão de arrendamento, por não serem comprehendidas nos *proprios*, embora sejão nacionaes—Av. n. 43 de 16 de Março de 1847, cit. Lei n. 601 de 1850 Art. 1°, e cit. Lei n. 628 de 1851 Art. 11 § 5°.

3.ª ED.

Av. n. 98 de 8 de Maio de 1854—Dando regulamento provisorio para medição e demarcação das *terras devolutas e particulares*, em execução do § 2.° Art. 3.° do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro d'esse anno.

Decr. n. 2105 de 15 de Fevereiro de 1858—Declara da alçada dos Juizes Commissarios do Art. 30 do Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 as questões de todas as posses e sesmarias, que confinarem com terras devolutas.

Av. n. 272 de 17 de Agosto de 1874—Os Engenheiros e Agrimensôres, encarregados do serviço das medições, tem direito á braçagem marcada nos Arts. 12 e 13 do Regul. de 8 de Maio de 1854, alem dos vencimentos que percebem.

Decr. n. 5788 de 4 de Novembro de 1874—Approvando as Instrucções, pelas quaes deve regêr-se a Commissão do registro geral, e estatistico, das *terras publicas e possuidas*.

As *terras devolutas*, cuja venda foi autorisada pela Lei de 18 de Setembro de 1850 Art. 14, são as mesmas, que outr'ora no Brazil se davão gratuitamente por—*sesmaria*.—A Ord. L. 4.° T. 43 sobre as—*sesmarias*—só é applicavel ás de Portugal (terras de particulares desaproveitadas), não ás do Brazil. Sobre estas muito aproveita estudar toda a legislação, que achar-se-ha no Dicc. Jur. de Per. e Sousa, e no Repert. de Furt.

O dominante pensamento da Lei de 18 de Setembro de 1850 regulada pelo Decr. de 30 de Janeiro de 1854, foi estremar o actual dominio do Estado nas *terras devolutas*; e portanto as *terras publicas* já não devolutas por estarem na propriedade ou

Art. 54. São *terrenos de marinhas* todos os que, banhado pelas aguas do mar, ou dos rios navegaveis, vão até a distancia de quinze braças craveiras para parte de terra ; contadas estas dos pontos, á que chega o prêa mar médio de uma lunação (29).

---

posse particular. As *terras publicas*, assim discriminadas, considerarão-se nas tres seguintes classes :
1ª Terras simplsmente registraveis,
2.ª Terras revalidaveis,
3.ª Terras legitimaveis.

(29) Instr. de 14 de Novembro de 1832 Art. 4º, Ord. de 12 de Julho de 1833. Antes destas Instrucções o Av. de 20 de Outubro de 1832 mandou,—que se-considerassem *marinhas* quinze braças de terrenos contadas, não do ponto das marés médias, mas daquelle onde chegasse a maré nas maiores enchentes.—Haveria algum precedente para essas disposições? Não é possivel descobril-o. Veja-se entretanto o Av. de 14 de Julho de 1807, e o § 65 do Regim. de 20 de Fevereiro de 1708. Houve um arbitrio, que foi bem pouco escrupuloso para com o dominio particular. O mar, nos termos da Decis. n. 100 de 24 de Agosto de 1842, não póde sêr considerado como marinhas, e não se-deve dar por aforamento para aterrar-se ; e iguaes declarações havião feito o Av. de 24 de Maio de 1839, e Port. de 2 de Junho de 1840. Entendeu-se porém o contrario na Decis. de 11 de Outubro de 1847, que tem prevalecido. Essas concessões para aterro do mar não estão comprehendidas no Art. 51 § 14 da Lei de 15 de Novembro de 1831, nem entrão nas Instrucções de 14 de Novembro de 1832. Nos terrenos de marinha conta-se do mar para terra, e nas concessões do mar procede-se inversamente, cessando a razão da Lei,—*que se-contentou apenas com quinze braças*—.

3.ª ED.

Veja-se toda a legislação sobre terrenos de marinha, compilada no cit. Opusculo de Costa Lima.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 39:—Fica reservada para servidão publica nas margens dos rios navegaveis, e de que se-fazem as navegações, fóra do alcance das marés, salvas as concessões legitimas feitas até a data

Art. 55. Não se-comprehendem nos terrenos de marinhas as margens dos rios d'agua doce, ainda que navegaveis, ficando fóra do alcance das marés (30).

Art. 56. Não se-comprehendem outrosim as margens das cambôas, sejão formadas d'agua doce ou salgada, sejão ou não sujeitas ás marés ; que estivérem encravadas em terrenos particulares, onde não haja publica servidão (31).

Art. 57. As marinhas, no caso do Art. antecedente, abrangem somente a extensão das embocaduras das cambôas, que estiverem na beira-mar, ou nos rios á que chega a maré ordinariamente (32).

Art. 58. São bens do evento o gado, ou as bestas, que se-achão, sem sabêr-se do senhôr ou dono á quem pertenção (33).

---

da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinarias para o interiôr ; e o Governo autorisado para concedê-las em lotes razoaveis, na fórma das disposições sobre *terrenos de marinha*.

(30) Circ. de 20 de Agosto de 1835, Port. de 21 de Abril de 1836. Nos rios fóra do alcance das marés não se-póde calcular o preamar médio, ponto de partida das quinze braças. Antes da Circ. de 20 de Agosto de 1835 a Ordem de 21 de Outubro de 1833, relativa ao litoral do interior da Provincia do Rio Grande do Sul, implicára em confusão esta materia, mandando regular as marinhas pela elevação média das aguas dos rios no decurso de um anno—*elevação causada pela acção dos ventos, e maior cópia de aguas nas fontes*—. Que decisão singular! Pelo Direito Romano, e Francêz, o terreno das margens dos rios é solo privado, salvos os direitos do uso publico. Na Inglaterra a propriedade da Corôa estende-se até onde acaba o fluxo e refluxo do mar—Daviel *Trat. das Aguas n.* 69, Hale *de jure maris* Cap. 5º e 6.º

(31) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(32) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(33) Ord. L. 3º Tit. 94, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 44, Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853. Estas Leis applicão-se tambem aos escravos, de que não faço menção.

Decr. n. 1896 de 14 de Fevereiro de 1857 dando providencias á respeito dos escravos demorados na Casa de Correcção da Côrte, Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 85 á 97.

Os Provedores de residuos são os competentes para os processos relativos á bens do evento—Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 114 § 2°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 2° § 2°, n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 45, e n. 2433 de15 de Junho de 1859 Art. 86.

Na arrematação de escravos do evento o lanço para liberdade será preferido á qualquer outro, ainda que superior, dêsde que cubra a avaliação—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 93. Advirta-se, que isto só procede na arrematação de escravos do evento, e não nas outras arrematações. Nas de escravos pertencentes á varios herdeiros, o Juiz dos Orphãos póde sómente admittir o lanço delles em beneficio da sua liberdade, se fôr igual ao maior que em resultado da licitação apparecêr—Av. n. 388 de 21 de Dezembro de 1855.

Se até o acto da arrematação, e antes da entrega do objecto ao arrematante, e de recolhido o producto, comparercêo dono á reclamar, o Juiz sobrestará na arrematação, ou entrega; e provando elle seu direito, identidade de pessôa, e do objecto, não terá logar a arrematação, ou ficará sem effeito—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Se, depois de concluida a arrematação, e recolhido o producto, comparecêr o dono, e justificar seu dominio, e a identidade do escravo, ou animal, de maneira que o Juiz reconheça o seu direito, ordenará por sentença, que se-lhe-entregue o producto liquido da arrematação—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho do 1859 Art. 95.

Desta disposição resulta, que, feita validamente a arrematação (não assim, se é nulla), e recolhido seu producto, o dono do escravo, ou animal, não tem direito para reivindical-o, demandando ao arrematante, ou á qualquer terceiro possuidôr. Esta solução é expressa na Ord. L. 3° T. 94 § 3° *ibi*: « E posto que, depois de lhe-serem julgados, venhão seus donos á demanda-las, não serão ouvidos, nem recebidos á tal demanda. »

Quid, quando se-tivér feito a arrematação do escravo com mudança de seu verdadeiro nome, e com indicação de outro senhôr? Será nulla neste caso, e dará direito á reivindicação? Opinei pela affirmativa sob o fundamento de que os editaes

não preenchêrão seu fim. Penso hoje de modo diverso, porque, não obstante a mudança de nome do escravo, e a do nome de seu verdadeiro dono, ha sufficiente advertencia (tanta quanto é possivel por não merecêrem fé os interrogatorios dos escravos) ; uma vez que os editaes designem todos os signaes do escravo, data e circumstancias da achada ou entrega, para que se-possa conhecêr sua identidade. Vid. Art. 90 do cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

3.ª ED.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 4°—Serão declarados libertos os escravos abandonados por seus senhores :

Se estes os-abandonarem por invalidos, serão obrigados á alimenta-los, salvo o caso de penuria, sendo os alimentos taxados pelo Juiz de Orphãos.

Av. n. 318 de 10 de Setembro de 1872—Os escravos considerados *bens do evento* não estão comprehendidos no Art. 6° § 4° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 75 n. 4°, 76, 77, e 78—Confirmando a disposição *supra* do Art. 6° § 4° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, accrescentando :

§ 4.° Os escravos abandonados por seus senhôres receberáõ do Juizo, que julgar o abandono, suas cartas :

Art. 76. Considera-se abandonado o escravo, cujo senhôr, residindo no logar, e sendo conhecido, não o-mantem em sujeição, e não manifesta querêr mantêl-o sob sua autoridade :

As Cartas (Art. 77) passadas aos escravos abandonados serão a certidão da sentença extrahida pelo Escrivão, e rubricada pelo Juiz :

Repete (Art. 78) a disposição *supra* da Lei n. 2040 Art. 6 § 4°, accrescentando :

§ Unico—Os alimentos serão taxados na Sentença, que julgar o abandono.

Vid. *Direito* (Revista Ann. 1°, de 1873 Setembro, pag. 249) sobre—Escravos entre bens do evento—.

quirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo (34), ou em virtude de Lei (35); em cujo numero entrão as fortalezas, fortes, castellos, baluartes, cidadellas, com todos os seus pertences (36).

---

(34) Leis já anteriôrmente citadas na ultima Not. ao § 2° do Art. 52, e Decis. n. 43 de 16 de Março de 1847.

(35) Não ha hoje *incorporação verbal*, como se-diz no Art. 33 das Instrucç. de 10 de Abril de 1851, autorisadas pelo Decr. da Reforma do Thesouro de 20 de Novembro de 1850. Toda a incorporação nos proprios é *real*, ainda que se-faça em virtude de Lei, o que não tem analogia com o caso da Ord. L. 2° Tit. 36, relativa aos *donatarios da Corôa*, em cujos titulos a incorporação operava-se por effeito de certas palavras nelles inseridas. Veja-se, por exemplo, a Lei de 9 de Dezembro de 1830 Art. 2°, onde se-diz—*passará á ser incorporada nos proprios nacionaes*.

O Av. n. 44 de 21 de Janeiro de 1856 diz, que tem logar *incorporação verbal* por Acto do Poder Legislativo.

Tomada a posse por parte da Fazenda, e proferida a sentença, extrahe-se esta; e transitada pela Chancellaria, onde a-houvér, é remettida ao Thesouro na Côrte, ou ás Thesourarias nas Provincias, para procedêrem ao respectivo assentamento—cit. Instrucç. de 10 de Abril de 1851 Art. 34, e Av. n. 249 de 15 de Julho de 1856.

3.ª ED.

O transito da Chancellaria foi abolido pelo Decr. n. 1730 de 5 de Outubro de 1869.

(36) Off. de 14 de Março, e Ord. de 2 de Setembro, de 1833. O Av. n. 172 de 21 de Outubro da 1850 mandou incorporar aos proprios nacionaes as terras dos Indios, que já não vivem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilisada.

3.ª ED.

Av. n. 67 de 21 de Abril de 1857—Manda *incorporar aos terrenos nacionaes* as terras pertencentes á uma aldêa de Indios etc. declarando que, na conformidade do Av. n. 172 de 21 de Outubro de 1850, sejão *incorporadas* as porções das referidas terras que se acharem *desoccupadas*; arrecadando-se, como

Art. 60. Distinguem-se das especies á cima declaradas os *bens provinciaes*, cuja administração é regulada pelas Assembléas Legislativas das Provincias (37).

---

renda do Estado, os arrendamentos das que se acharem occupadas por pessoas não descendentes dos Indios primitivos.

Logo (deve-se concluir juridicamente) não se-incorporão nos proprios nacionaes as *porções occupadas* das referidas terras dos extinctos aldeamentos de Indios, ainda que os occupantes não se-reconheção arrendatarios ou foreiros Se taes occupantes, por si e seus antecessores, tem á seu favor a prescripção, devem ser respeitados, em seu dominio legitimado, que tanto val como legitimo. No caso contrario só é incorporavel nos proprios o *direito reivindicatorio*, cuja acção pode intentar a Fazenda Nacional. Questões de propriedade, posse, prescripção, não pertençem ao contencioso administrativo, são da competencia do poder judiciario, como vê-se opinado na Consulta do Conselho de Estado de 4 de Julho de 1854.

Vid. Nots. aos Arts. 53 *supra*, e aos Arts. 610 § 1° e 1322 *infra*.

A inédita Provisão de 28 de Setembro de 1819 prohibio inquietar-se aos proprietarios dos predios visinhos ás do aldeamento dos Indios de S. Lourenço em Nicterohy, *emquanto* (formaes palavras) *não houvér acção competente de reivindicação, e sentenças, e depois de discutido o direito de cada um*.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 1°—Serão declarados libertos os Escravos pertencentes á Nação, dando-lhes o Governo a occupação conveniente.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873 Art. 75 n. 1°, e § 1°—Os escravos pertencentes á Nação receberáõ suas Cartas de alforria em conformidade do Decr. n. 4815 de 11 de Novembro 1871, e terão o destino determinado no mesmo Decr.

Sobre o aforamento de *proprios nacionaes*—Art. 610 § 1° *infra*.

(37) Lei de 12 de Agosto de 1834 Art. 11 § 4°, Av. de 6 de Abril de 1835, Circ. de 13 de Outubro de 1838, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 3° § 1.°

3.ª ED.

Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 Art. 16—A' cada uma das Provincias do Imperio ficão concedidas no mesmo,

Art. 61. Distinguem-se igualmente os *bens municipaes*, cuja administração, e conservação, pertence ás Camaras das Cidades, e Villas; tanto os *proprios* do seu patrimonio (38), como os do *uso commum* dos moradôres (39).

---

ou em differentes logares do seu territorio, seis leguas em quadra de terras devolutas, as quaes serão exclusivamente destinadas á colonisação, e não poderão sêr roteadas por braços escravos.

(38) Ord. L. 1° Tit. 66 §§ 11 e seg.; Decr. de 20 de Maio, e de 11 de Junho, de 1734. Diz o primeiro desses Decretos,—*ficarão proprios dos Senados, que só tem o uso e administração, ficando os mesmos bens sujeitos ao meu supremo dominio*—. Lei de 23 de Julho de 1766 § 6°, de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 10, do 1.° de Outubro de 1828 Arts. 41 á 45 e Art. 51, Acto Addicional Art. 10 § 6°. Quanto á Camara Municipal da Côrte—Lei n. 108 de 26 de Maio de 1840 Arts. 23 e 24.

(39) Ord. L. 4° Tit. 43 §§ 9, 10, 12, e 15; Lei de 23 de Julho de 1766, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 5° § 4.°

3.ª ED.

Av. de 2 de Julho de 1828—Sobre a observancia da Ord. L. 1° T. 66 § 11, concernente ás possessões, servidões, caminhos, e rocios, das Camaras Municipaes.

Os Reguls. dos terrenos diamantinos, n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 48, e n. 5955 de 23 de Jnnho de 1875 Art. 86, permittem aos respectivos arrendatarios trazêr nos campos, rocios, e prados publicos, animaes do serviço da mineração.

Av. (na Revista—*Direito*—Vol. 4° pag. 228) de 19 de Março de 1874—A alienação dos terrenos designados para *logradouros publicos*, dos quaes a população já se acha de posse, só pode sêr autorisada pelo Assembléa Geral.

Logradouros publicos são logares do *uso publico municipal*, com os nomes de *baldios*, *maninhos*, para pastagens, lenhas, estrumes, e outras utilidades. E' um *direito de copropriedade*, cujos titulares são os *moradores* ou *municipes* de cada povoação, que antigamente chamavão-se *visinhos*, á quem competia *direito de visinhança* Veja-se a Ord. L. 2° T. 56, sobre os *visinhos*, e a interessante obra de Fournel—*Traité du Voisinage*—. Sobre aforamento dos *bens municipaes*—Art. 610 § 2.° *infra*.

Art. 62. Os bens do dominio particular são allodiaes, ou emphyteuticos (40).

---

(40) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786. Extinctos os vinculos pela Lei de 6 de Outubro de 1835, deixo de mencionar os *bens vinculados*.

Deve-se lêr o Art. 62 *supra* com eliminação das palavras —*do dominio particular*—. Bens *do dominio do Estado* tambem podem sêr emphyteuticos, ou porque alguns são aforados aos particulares, como acontece com os terrenos de marinha, ou porque o Estado póde tomar de aforamento aos particulares.

A proposição do Art. tambem pecca por sua generalidade dando á percebêr, que todos os bens, immoveis e moveis, podem sêr allodiaes ou emphyteuticos, quando não é assim, porque só os immoveis são susceptiveis de emphyteuse.

« Os vinculos (Rebouças Observ. á este Art. e sua Not.) não forão extinctos pela Lei de 6 de Outubro de 1835. Ella manda em seu Art. 1°, que fiquem extinctos pela morte dos actuaes administradores, e no Art. 3° declara, que suas disposições só comprehendem os vinculos pertencentes á familias, administrados por individuos dellas. Assim pois devêr-se-hião mencionar os *bens* vinculados, etc. »

Vid. Not. addicional ao Art. 73.

3.ª ED.

Nos immoveis emphyteuticos o dominio inteiro está decomposto em *dominio util* e *directo*, e pela *consolidação* reintegra-se (Art. 625 Consolid. e Not.).

Quando os aforamentos são perpetuos, como todos os do Brazil, os immoveis emphyteuticos equiparão-se aos allodiaes para os effeitos da successão ab intestato (Art. 975 Consolid.)

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7°, ns. 1° 2°, e 3°—Para liquidação do prêço dos bens sujeitos ao imposto de transmissão de propriedade, quando não podér ser calculado pela declaração das partes, ou havendo suspeita de fraude:

O valôr dos *bens livres* (n. 1°) será arbitrado por peritos:

O do *dominio directo* (n. 2°) será a importancia de vinte fóros, e um laudemio.

Art. 63. A unica excepção á plenitude do direito de propriedade, conforme o Art. 179 § 22 da Constituição do Imperio, terá logar, quando o bem publico exigir o uso, e emprego, da propriedade do cidadão por necessidade ou utilidade (41).

O do *dominio dos bens emphyteuticos* (n. 3°), será o do predio livre, deduzido o do dominio directo na fórma da regra antecedente: (O dominio dos bens emphyteuticos é o mesmo, que na Consolid. Art. 625 chama-se *dominio util*):

O dos bens subemphyteuticos (n. 3°) será esse mesmo valôr, deduzidas vinte pensões subemphyteuticas equivalentes ao dominio do emphyteuta principal:

O Regul. n. 5581 de 3 de Março de 1874 Art. 25 e ns. 1.°, 2.°, 3.°, e 4.°, repete estas mesmas disposições, porém andando distinctamente attendêr aos titulos de acquisição, ou ás declarações da parte; e outrosim liquidando o valôr da constituição da emphyteuse, ou subemphyteuse, na importancia de vinte fóros, e da joia, se a-houvér.

Quanto ao *dominio util* confere com a avaliação da Prov. de 12 de Junho de 1776, quando tal dominio tem de continuar. Para o fim de sua *amortização* o Decr. de 6 de Março de 1769 avalia em 20 annos de foros, e 3 laudemios. Vid. Nots. aos Arts. 625 e 915 *infra*.

(41) Lei de 9 de Setembro de 1826, Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845. Vid. Ord. Liv. 4° Tit. 11 princ., preambulo da Lei de 9 de Julho de 1773, e Decr. de 21 de Maio de 1821.

O § 4° da cit. Ord. Liv. 4° Tit. 11 contém outra excepção á plenitude do direito de propriedade, que vem á sêr a venda forçada de escravos, porque (palavras desta Ordenação)— *em favor da liberdade são muitas cousas outorgadas contra as regras geraes* —. Actualmente não se-póde dar o caso desta Ordenação, relativo á Mouros captivos destinados á resgate de christãos. Póde-se porém invocar esta Ord. para alforrias forçadas á requerimento de escravos, que se-offerecem á pagar o preço de sua avaliação; ou de terceiros, que pretendem liberta-los?

Que a cit. Ord. era especial no seu caso, e que delle não se-devia fazêr regra, para que todo o senhôr fosse obrigado á vendêr seu escravo á quem dizia que o-queria libertar, observa-se no Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 597.

De taes alforrias forçadas não ha exemplo nesta Côrte, mas não assim na Provincia da Bahia, como reconheceu o Desembargador Procurador da Corôa em seu parecêr transcripto na Consulta do Conselho de Estado, á que se-refere o Av. n. 388 de 21 de Dezembro de 1855. Em verdade introduzio-se nessa Provincia a pratica de poder-se remir nos inventarios qualquer escravo, logo que offereça seu valôr; como mesmo de conseguir alforria forçada com citação do senhôr para nomear e approvar avaliadôres, e pagamento ou deposito do preço da avaliação.

Essa pratica é abusiva, e por certo não terá continuado em vista do mencionado Aviso, que decide estes pontos:

1.° Que não se-deve admittir lanço de escravo em beneficio de sua liberdade, se não fôr igual ao maior que se-offerecêr em praça:

2.° Que não se-póde absolutamente aceitar do escravo, ou de terceiro não interessado, o preço da avaliação, quando opponhão-se um ou mais herdeiros da herança, á que o escravo pertence:

3.° Que tanto importa no caso sujeito a opposição do herdeiro ou dos herdeiros, como a impossibilidade de reclamar algum delles por sêr menor, ou de por elle transigir seu tutôr.

A indicada Consulta do Conselho de Estado decide mais este outro ponto:

Que, se um ou mais herdeiros convêm na alforria, e algum ou alguns se-oppôem, podem os que convêm requerêr no acto da partilha a adjudicação de todos os escravos, que pela avaliação couberem em sua quota, para liberta-los pela mesma avaliação.

O indicado parecêr do Desembargador Procurador da Corôa, approvado pela sobredita Consulta, decide finalmente estes outros pontos:

1.° Que qualquer herdeiro póde libertar os escravos que quizer dentro da sua quota, ainda antes da partilha, assignando termo de recebê-los por adjudicação pelo valor do inventario:

2.° Que qualquer escravo pertencente á Fazenda de Ausentes, cobrindo sua avaliação por bem de sua liberdade, deve-se-lhe recebêr o lanço, e conferir alforria dêsde logo:

3.° Que no acto da praça é licito ao escravo escolhêr e preferir para seu senhôr quem lhe-aprouvér d'entre os lançadores, e que o Juiz dos Ausentes deve aceitar o lanço desse arrematante, ainda que outros concurrentes offereção maior.

Um parecêr do Juiz de Direito da Cidade do Pará, transcripto na indicada Consulta do Conselho de Estado, resolvendo a questão—*se o escravo póde sêr alforriado contra a vontade de seu dono, indemnisando-o*—,opina pela negativa, e que o Juiz deve recorrêr aos meios suasorios ante os interessados, como se-mandou praticar pelos Avs. de 17 de Março, e 29 de Julho, de 1830. Conferem com estes Avisos os de 22 de Agosto, e 18 de Novembro, de 1831; mas o de 15 de Dezembro do mesmo anno vai além, dizendo:—procure primeiro por meios pacificos obtêr o consentimento da senhora para a-libertar; e quando não o-possa conseguir, sendo depositada, faça proseguir os termos da lei, prestando á supplicante toda a protecção, que a humanidade, e a mesma lei, outorgão.

Opina mais esse parecêr, que, no caso de partilhas, e havendo opposição de alguns herdeiros (o que está de accôrdo com a mencionada Consulta do Conselho de Estado), o Juiz tem o meio de mandar aquinhôar o escravo ao herdeiro, que quizér dar a liberdade recebendo o valor.

Pondera esse mesmo parecêr, que a Resol. n. 30 de 11 de Agosto de 1837 Art. 1° manda alforriar todos os escravos de S. M. o Imperador, que derem o seu valor,—que o mesmo se-pratica com os da Nação (Vid. Not. ao Art. 42),—e que os donos dos escavos armados pelos rebeldes do Rio Grande do Sul forão desapropriados, mandando-se indemnisa-los pelo Decr. de 26 de Julho de 1845, e Lei de 28 de Outubro de 1848 Art. 6° n. 26. Vid. Provis. de 23 de Outubro de 1823, e 16 de Setembro de 1824, sobre escravos, que servirão na Bahia por occasião da guerra da Independencia; ficando libertos por este facto, mediante a indemnisação de seus donos.

Outro parecêr do Juiz de Orphãos da mesma Cidade do Pará, transcripto na referida Consulta, sobre alforria de escravos por quem se-offerece o seu valôr para liberta-los, dá noticia do costume de sêrem acompanhadas taes pretenções do offerecimento de mais a quinta parte do valôr do escravo impetrante; costume, que reputa fundado provavelmente na consideração de que os preços de inventario são sempre inferiores ao verdadeiro valôr dos bens. É engano, a origem desse costume acha-se na cit. Ord. L. 4° T. 11 § 4°, que sobre a avaliação dos Mouros captivos, afim de sêrem resgatados, manda accrescentar a quinta parte della.

Alguns casos de alforria forçada temos em nossa legislação, á saber:

1.° Na Lei de 24 de Dezembro de 1734 sobre escravos, que manifestassem diamantes de vinte quilates, e dahi para cima; ordenando que ficassem forros, dando-se 400$000 aos senhôres delles.

2.° Na Provis. de 29 de Novembro de 1779 sobre escravos Irmãos da Irmandade de S. Benedicto, que por esta podião sêr comprados no caso de máo trato de seus senhôres, ou de querêrem seus senhôres vendê-los por vingança.

3.° Na Ord. de 9 de Abril de 1809 sobre escravos, que dessem parte de extravio ou contrabando de tapinhoam e páo-brazil.

4.° No Av. n. 188 de 20 de Maio de 1856 sobre escravos, que por ordem, ou em companhia, de seu senhôr, ou por qualquer razão que não a fuga, sahem do Imperio, e depois voltão á elle, declarando livres taes escravos. Vid. Man. do Procur. dos Feitos Not. 1431.

Por Direito Romano era caso de alforria forçada, quando o senhôr recebia dinheiro do seu escravo para libertal-o; dizendo a L. 4ª § 1° Dig. *de manumis.*, que neste caso se-deve fechar os olhos á regra de que o escravo nada possue de seu. O mesmo procede, se o senhôr recebe dinheiro de alguem para libertar seu escravo—L. 19 Dig. *de manumis.*

3.ª ED.

Não ha que respondêr ás observações de Rebouças sobre este Art. 63, porque a Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, e seu Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, vierão satisfazer as aspirações das almas de toque.

Quanto nessa Lei e seu Regul. se provê sobre *alforrias voluntarias* pertence ao Cap. *infra*, da Doação, Successão testamentaria, e Execução dos testamentos. As *alforrias forçadas* pertencem á este Art. 63, como *casos de desapropriação*.

Cit. Lei. n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° § 2.° —O escravo, que por meio de seu peculio obtivér meios para indemnisação de seu valôr, *tem direito á alforria*. Se a indemnisação não fôr fixada por accordo, o-será por arbitramento:

Cit. Reg. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 84 e 85—Sobre taes alforrias por indemnisação.

A *libertação do ventre*, como se-tem chamado a dos filhos da molhér escrava no Art. 1.° d'essa Lei n. 2040 de 1871, e no Art. 1.° do cit. Regul. n. 5135 de 1872, não é *caso de desapropriação*; com salva porem da junta conserva, que ver-se-ha

Art. 64. A desapropriação por necessidade publica tem logar nos casos seguintes :

§ 1.° Defesa do Estado :

§ 2.° Segurança publica :

§ 3.° Soccorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade :

§ 4.° Salubridade publica (42).

Art. 65. A desapropriação por utilidade publica, provincial, e municipal, é da competencia das Assembléas Legislativas de cada uma das Provincias (43).

Art. 66. A que se-fizér por utilidade publica, geral ou municipal da Côrte, terá logar nos casos seguintes :

§ 1.° Construcção de edificios, e estabelecimentos publicos, de qualquer natureza que sejão :

§ 2.° Fundação de povoações, hospitaes, e casas de caridade, ou de instrucção :

§ 3.° Aberturas, alargamentos, ou prolongamentos, de estradas, ruas, praças, e canaes :

§ 4.° Construcção de pontes, fontes, aqueductos, portos, diques, cáes, pastagens, e de quaesquer estabelecimentos destinados á commodidade ou servidão publica :

---

infra Not. ao Art. 67. O futuro não é propriedade de ninguem é só propriedade da lei. *A lei só dispõe para o futuro.*—*A sua disposição* (Const. Art. 179 n. 3.°) *não tem* EFFEITO RETROACTIVO.

(42) Lei de 9 de Setembro de 1826 Art. 1°, Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 Art. 35.

A desapropriação por defeza do Estado comprehende a dos terrenos e edificios para fortificações, dentro das linhas destas—Av. n. 246 de 11 de Julho de 1856.

(43) Acto Addicional Art. 10 § 3.°

§ 5.° Construcções, ou obras, destinadas á decoração, ou á salubridade publica (44).

Art. 67. Antes do proprietario ser privado da sua propriedade será indemnisado do valôr della. Se recusar recebê-lo, será o valôr da propriedade consignado no deposito publico, ficando livre a interposição dos recursos legaes (45).

---

(44) Cit. Lei de 12 de Julho de 1845 Art. 1° Considero abrogadas as disposições das Leis de 9 de Julho e 14 de Outubro de 1773, e do Dec. de 17 de Julho de 1778, sobre adjudicação de predios encravados e contiguos ; e bem assim as do Alv. de 27 de Novembro de 1804 §§ 11, 12, e 13, applicadas ao Brazil pelo de 4 de Março de 1819, sobre construcções de canaes, levadas, e aqueductos. Entretanto as providencias destas Leis são necessarias. Vid. Not. ao Art. 894.

Aberturas de estradas—Quanto á desapropriação para construcção de estradas de ferro no Brazil—Lei n. 816 de 10 de Julho de 1855, Regul. n. 1664 de 27 de Outubro do mesmo anno ; quanto á estrada de ferro da Provincia de S. Paulo— Decr. n. 838 de 12 de Setembro de 1855, Decr. n. 1759 de 26 de Abril de 1856, Dec. n. 1930 de 26 de Abril de 1857.

É hoje diverso meu modo de pensar sobre a abrogação das Leis de 9 de Julho de 1773, 14 de Outubro do mesmo anno, Decr. de 17 de Julho de 1778, Alv. de 27 de Novembro de 1804 §§ 11, 12, e 13, e de 4 de Março de 1819.

(45) Lei de 9 de Setembro de 1826 Arts. 5°, 6°, e 7°, e Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 Arts. 29 e 30.

As desapropriações por necessidade ou utildade publica são isentas de impostos : quanto á siza—Av. n. 28 de 29 de Março de 1842, Lei de 12 de Julho de 1845 Art. 33 (Not. ao Art. 596 § 1° Consolid.) ; quanto ao sello fixo e proporcional—Cit. Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 no mesmo Art ; e quanto á dizima da Chancellaria—Perdigão Man. do Proc. dos Feit. §§ 175 e 196.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4° § unico n. 2°—São isentos do imposto de transmissão os actos de desapropriação para o Estado, Provincias, ou Municipios.

Art. 68. No caso de perigo imminente, como de guerra ou commoção, cessaráõ todas as formalidades; e poder-se-ha tomar posse do uso, quando baste; ou mesmo do dominio da propriedade, quando seja necessario para o emprego do bem publico; logo que seja liquidado seu valôr, e previamente en-

---

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 11, e Art. 15 n. 6°—São isentos do *sello proporcional* os actos relativos á desapropriação por utildade ou necessidade publica, por conta do Estado, das Administrações Provinciaes, ou das Camaras Municipaes :—São isentos do *sello fixo* os processos de desapropriação por utildade ou necessidade publica, nas mesmas circumstancias.

Av. n. 246 de Julho de 1873.—Duvida resolvida pelo Art. 86 do Regul. de 13 de Novembro de 1872, se a questão se crear sobre valôr da *indemnisação*; não assim saber o *estado de liberdade*, caso em que a decisão é sempre do Juiz de Direito.

A duvida foi : Se incumbe aos Juizes de Direito julgar em 1ª instancia nas Comarcas Geraes ás causas de liberdade, ainda que o valôr seja inferior á 500$000.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 2.°—Repete a mesma disposição do de n. 4,355 á cima.

A Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 1°, declarando livres desde a sua data os filhos de molhér escrava, que nascessem no Imperio, e o mesmo declarando o Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 1°, incorrem na censura de inconstitucionaes, por privarem os proprietarios da sua propriedade sem indemnisação quanto aos filhos de molhér escrava já concebidos no tempo designado. Essa legislação, para estar de accôrdo com a doutrina juridica estampada no Art. 1° Consol. *supra*, devêra têr marcado o prazo de nove ou dez mezes subsequentes á promulgação da lei; e no rigôr, adoptando esse prazo de nove ou dez mezes como tempo relugar da prenhêz, devêra ter dito — *filhos concebidos* —, e não — *filhos nascidos* —. São bem conhecidas as disposições legislativas, e as prelecções doutrinaes, sobre a *presumpção da prenhêz*, e *presumpção da paternidade*. Vid. Esb. do Cod. Civil Art. 53 á 61, 221 á 233, e 1466 á 1479.

tregue ao proprietario ou depositado, reservando-se os direitos para se-deduzirem em tempo opportuno (46).

Art. 69. Sem especial concessão do Corpo Legislativo, as Igrejas, Ordens Religiosas (47), Confrarias, Irmandades, Misericordias, Hospitaes, e quaesquer outras Corporações de

---

(46) Cit. Lei de 9 de Setembro de 1826 Art. 8.°

(47) Ord. L. 1° Tit. 2° § 19, L. 2° Tit. 18, Alv. de 30 de Julho de 1611, Prov. de 13 de Agosto de 1612, Alv. 1° de 23 de Novembro do mesmo anno, e de 20 de Abril de 1613, Decr. de 11 de Junho de 1672, Cart. Reg. de 30 de Janeiro de 1693, e de 19 de Março, Prov. de 7 de Agosto de 1727, de 21 de Março de 1743, Lei de 9 de Setembro de 1769 §§ 10 e 21 ; Ass. 1° de 29 de Março de 1770, Ass. 4° de 5 de Dezembro do mesmo anno, Av. de 22 de Julho de 1790, Ass. 2° de 21 de Julho de 1797, Decr. de 16 de Setembro de 1817, Lei de 15 de Novembro de 1827 Art. 68 § 1.°

O citado Decr. de 16 de Setembro de 1817 dispensou á favor das Ordens religiosas as leis de amortização, para que podessem conservar e possuir os bens, direitos, e acções, que tivessem nessa data, porém sua disposição não é extensiva á outras corporações—Ord. de 19 de Dezembro de 1833, Av. n. 247 de 23 de Dezembro de 1854.

3ª ED.

Lei n. 1764 de 28 de Junho de 1870 Art. 18 :—Os predios rusticos e urbanos, terrenos, e escravos, que as *Ordens Religiosas* possuem, serão convertidos no prazo de doze annos em Apolices intransferiveis da Divida Publica Interna.

Não se-comprehendem nesta disposição os Conventos, e dependencias dos Conventos, em que residirem as Communidades; nem os escravos, que as mesmas Ordens libertarem sem clausula, ou com reserva de prestação de serviços não excedente de cinco annos; e as escravas, cujos filhos declararem que nascem livres.

As alienações á cima são aliviadas de metade do imposto de transmissão de propriedade.

mão-morta (48), não podem adquirir, ou possuir, por qual-

(48) Prov. de 13 de Fevereiro de 1770, Alv. de 31 de Janeiro de 1775, Alv. de 20 de Julho de 1793, Decr. de 15 de Março de 1800, Lei de 18 de Ontubro de 1806 § 2º, Prov. de 20 de Março de 1820, e de 19 de Dezembro de 1833, Av. de 15 de Abril de 1834, Av. de 19 de Outubro de 1837, Av. de 5 de Fevereiro de 1840, Regul. de 2 de Ourubro de 1851 Art. 49 § 2.º Pela dispensa págão as Corporaçães de mão-morta 2 °/₀ do valor dos bens—Lei de 30 de Novembro de 1841 Tabel. § 32.

Sem pagarem esse imposto não podem entrar no gozo das dispensas, devendo-se reputar nullas as acquisições em contrario—Circ. de 10 e 18 de Outubro de 1859.

« Compete hypotheca legal (Art. 3º § 6º da novissima Lei hypothecaria) ás Igrejas, Mosteiros, Misericordias, e Corporações de mão-morta, sobre os immoveis de seus Thesoureiros, prepostos, procuradores, e syndicos. A inscripção (Art. 9º § 16 da cit. Lei) da hypotheca das Corporações de mão-morta deve sêr requerida por aquelles, que as administrão; e incumbe ao Escrivão da Provedoria, ao Promotôr de Capellas, ao Juiz de Capellas, e ao Juiz de Direito em correição. »

Pela omissão da inscripção (Art. 9º § 22 da cit. Lei) aquelles, que administrão as Corporações de mão-morta, ficão sujeitos ás penas de estellionato, verificada a fraude.

3.ª ED.

O imposto pagavel pelas Corporações de mão-morta dispensadas entra hoje no de transmissão de propriedade—Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1º.

Cit. Regul. n. 4355 Art. 3º n. 6º—E' devido o imposto da acquisição de immoveis pelas Corporações de mão-morta, com licença do Podêr competente.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art 14 n. 6.º—Repete a mesma disposição do antecedente n. 4355 Art. 3º n. 6.º

Cit. Regul. n. 5581 Art. 13 n. 1º—São isentos do imposto os legados de propriedade ou usufructo á Santa Casa da Misericordia, e ao Recolhimento de Santa Thereza, com excepção dos legados pios não cumpridos (Ord. n. 90 de 18 de Agosto de 1845).

quer titulo bens alguns de raiz (49). (Art. 585 § 1º, e 612 § 1.º)

Cit. Regul. n. 5581 Art. 23 n. 14—E' isenta do imposto a compra de terrenos para *corporações*, á quem esta isenção tenha sido concedida por lei.

Vid. Nots. aos Arts. 516 § 7º, e 595 § 2.º

(49) Acquisição por *compra*, *dação in solutum*, e *por outro titulo*, prohibio a Ord. L. 2º Tit. 18 princ. A *troca* permittia-se no caso do § 4º da mesma Ord., mas a Port. de 11 de Junho de 1839 declarou necessaria nesta hypothese a dispensa do Corpo Legislativo. Acquisição por *doação* e *successão*, se a citada Ord. tambem permittia no § 1º com a posse limitada á anno e dia, cessou este indulto com a prohibição absoluta do § 10 da Lei de 9 Setembro de 1769, e do § 21 explicado pelos Assentos 1º de 29 de Março de 1770, 4º de 5 de Dezembro do mesmo anno, e 2º de 21 de Julho de 1797. Supprimi o *commisso*, que é uma confiscação parcial de bens de raiz, porque não póde subsistir sob o imperio de instituições liberaes, que considerão a propriedade como fundada no direito natural.

Já disse na Introducção pag. 5, que tenho mudado de pensar sobre a suppressão do *commisso*, á respeito do qual é expressa a legislação citada nesta Nota e nas duas antecedentes, e se póde vêr o Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.

Este Aviso suppõe, que o prazo de anno e dia da Ord. L. 2º T. 18 § 1º ainda está em vigor, e o mesmo suppõe o § 2º Art. 49 do Regul. das Correições de 2 de Outubro de 1851; dizende-se porisso no Man. do Procur. dos Feitos Not. 312 que o *commisso* dá-se quando as Corporações de mão-morta possuem por mais de anno e dia bens de raiz, que podem nomentaneamente adquirir. Entendi os §§ 10 e 21 da Lei de 9 Setembro de 1769, e Ass. ácima citados, que á ella se referem, tudo combinado com o § 1º da Ord. L. 2º T. 18, como entendeu Gouv. Pinto Trat. dos Testam. Cap. 42 § 10; e parece, que é verdadeira esta intelligencia, e que as Corporações de mão-morta não tem mais o indulto de possuir bens de raiz por anno e dia, que lhes fossem doados ou deixados em testamento. Tanto assim é, que ninguem dirá actualmente sêrem ellas legitimos adquirentes de taes bens durante o anno e dia, e dentro deste prazo podêrem validamente vendê-los; o que aliás podião fazêr pelo § 1º da Ord. L. 2º T. 18, quando diz—*no qual tempo se-tirará delles, não havendo nossa provisão para os-podêr possuir por mais tempo. E não se-tirando delles no dito tempo, nem havendo nossa provisão, os-perderá para nós*—.

Note-se que antes da Lei de 9 de Setembro de 1769, como pondera-se na Not. ao Art. 1003 Consolid., as Corporações de mão-morta podião herdar; e istopresuppõe a Ord. citada § 1°, onde coherentemente prohibio-se, não a acquisição, mas sim a posse por mais de anno e dia.

Segue-se pois, que as Corporações de mão-morta actualmente devem requerêr licença á Assembléa Geral Legislativa para adquirirem os bens, que lhes-fôrem deixados em testamento, ou que lhes-fôrem doados; e não para possuirem taes bens por mais de anno e dia, como se os-tivessem legitimamente adquirido. Não será assim, se quizerem entendêr, que o Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2°, e cit. Av. de 28 de Março de 1854, revogárão a legislação intermédia, e restaurárão a da Ord. L. 2° T. 18 § 1°, e dos Alvs. de 30 de Julho de 1611, 13 de Agosto, e 23 de Novembro, de 1612, e 20 de Abril de 1613.

As Assembléas Provinciaes não podem cencedêr licença ás Corporações de mão-morta para acquisição de bens de raiz— Resol. n. 293 de 13 de Setembro de 1843.

A Santa Casa de Misericordia do Rio de Janeiro teve autorisação para adquirir e possuir bens de raiz á titulo oneroso ou gratuito sem limitação, dispensadas as leis da amortizacção; e foi relevada do commisso, em que tinha incorrido— Lei n. 460 de 30 de Agosto de 1847.

As Corporações de mão-morta estrangeiras podem adquirir e possuir no Imperio bens deraiz, tendo obtido licença de seus respectivos Governos? Sem duvida, se tambem a-obtiverem do Corpo Legislativo.

Sobre as Corporações de mão-morta se-tem recentemente disposto no Decr. n. 1225 de 20 de Agosto de 1864 o seguinte:

Art. 1.° O Governo é autorisado á concedêr ás Corporações de mão-morta licença para adquirirem, ou possuirem, por qualquer titulo, terrenos, ou propriedades necessarias para edificação de igrejas, capellas, cimiterios extra-muros, hospitaes, casas de educação, e de asylo, e quaesquer outros estabelecimentos publicos:

Art. 2.° Os bens de raiz adquiridos pelas Corporações de mão-morta, na conformidade da Ord. L. 2° T. 18 § 1°, serão, no prazo de seis mezes, contados de sua entrega, alheiados, e o seu producto convertido em Apolices da Divida Publica, sob as penas da mesma Ord.; exceptuados os predios e terre-

Art. 70. As Camaras Municipaes não são incluidas no numero das Corporações de mão-morta (50).

Art. 71. Os Clerigos tem direito de adquirir, possuir, e alienar, por qualquer titulo, bens de raiz; allodiaes, ou foreiros (51).

---

nos necessarios para o serviço das mesmas Corporações, e os que até agora tiverem constituido o seu patrimonio.

Referem-se á esse novissimo Decreto a Circ. de 22 de Outubro de 1864, e Av. da mesma data.

3.ª ED.

Regul. n. 4453 de 12 de Janeiro de 1870—Para execucção do Decr. á cima 1225 de 20 de Agosto de 1864, e da Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44.

Dispensão as Leis de Amortização á varias Corporações os Decretos seguintes:—n. 1093 de 5 de Setembro de 1860, n. 1133 de 24 de Julho de 1861, n. 1154 de 16 de Abril de 1862, n. 1865 de 13 de Outubro de 1870.

Vid. a primeira Not. ao Art. 776 *infra*.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 4— A amortização, mediante licença do Podêr conpetente, pagará, além dos direitos, que devidos forem da acquisição na fórma das disposições antecedentes:

Por titulo gratuito 5°/。:

Por titulo oneroso 4°/。.

(50) Circ. n. 4 de 15 de Janeiro de 1844.

Como as Corporações de mão-morta pagão um imposto addicional á decima urbana (que é renda geral), a citada Circular declara, que os predios das Camarcas Municipaes não estão sujeitos á esse imposto, visto que ellas não são Corporações de mão-morta.

3.ª ED.

Do Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867 resulta, ao inverso do nosso têxto, que as *Camaras Municipaes* são Corporações de mão-morta. Engano, profligado pelo Sr. Cortines Laxe no seu judicioso Comment. do Regim. das Cam. Munc. pag. 106.

(51) Lei das Côrtes Portuguezas de 19 de Novembro de 1821 Art. 1°, que mandou-se observar pelo Art. 2° da Lei 6ª de 20

Art. 72. Os Regulares secularisados poderáõ tambem adquirir por qualquer titulo entre vivos, ou por successão testamentaria ou legitima nos casos, em que a Lei a não prohibe (52). (Art. 982 § 2°, e 999)

Art. 73. Fica prohibido o estabelecimento de morgados, capellas, e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza, ou denominação, que sejão. Os existentes ficão extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos (53).

---

de Outubro de 1823. Ficarão de nenhum effeito a Ord. L. 2° Tit. 16, e Tit. 18, na parte relativa aos Clerigos.

(52) Cit. Lei de 19 de Novembro de 1821 Art. 2°, que alterou os fundamentos da Res. de 26 de Dezembro de 1809.

(53) Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 1°, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 5°.

A redacção da Lei de 6 de Outubro de 1835 tem occasionado variedade de opiniões sobre sua intelligencia, póde provocar muitas duvidas; e cumpre investigar o que ella prohibe de futuro, e o que tem abolido de preterito.

—*Fica prohibido o estabelecimento de morgados*— : quanto á *morgados* não póde havêr questão, posto que haja discordancia sobre a differença entre *morgado* e *capella*. Ou convenha-se na distincção legal da Ord. L. 1° T. 62 § 53, ou aceite-se a de Mell. Freir. L. 3° T. 10 Not. ao § 1°, adoptada por Lobão em seu Trat. de Morg. Cap. 10 § 2°; a questão resolve-se pela discriminação das *capellas*, que estão comprehendidas na prohibição da Lei.

Capellas— : o que deve-se entendêr por esta palavra? Em geral, o encargo perpetuo de missas, anniversarios, ou quaesquer obras pias, imposto por um instituidôr sobre certos bens, para ser satisfeito pelos seus rendimentos. Se o encargo é temporario, não constitue propriamente capella; é um simples legado pio,—Coelho da Roch. Dir. Civ. § 524. Vid. Av. n. 85 de 28 de Março de 1854. Em particular, a denominação comprehende:

1.° *Capellas vinculadas*, isto é, reguladas pelos mesmos principios, que regem os morgados, e porisso á elles equiparadas:

2.° *Capellas administradas por Corporações de mão-morta*, como a de que trata o Alv. de 27 de Março de 1788:

3.° *Capellas não vinculadas*, de que trata o Alv. de 14 de Janeiro de 1807 § 3.°

Quaes as comprehendidas na prohibição da Lei de 6 de Outubro de 1835? Evidentemente só as *capellas vinculadas*, como resultará da investigação sobre o que exprime a palavra—*vinculo*—.

E quaesquer outros vinculos de qualquer natureza ou denominação que sejão—: O que deve-se entendêr por *vinculo?* Em geral, a sujeição de bens ao encargo perpetuo, ou temporario de substituições. Em particular, essa sujeição sómente ao encargo perpetuo de substituições.

Para haver *vinculo* não basta, que o disponente tenha imposto aos bens um encargo qualquer, ainda que este seja perpetuo; é nescessario, que o encargo seja de duas ou mais substituições successivas até certo gráo, ou *in infinitum*. Eis o motivo, por que não são *vinculos*, nem as Capellas administradas por Corporações de mão-morta, nem as Capellas não vinculadas.

As administradas por Corporações de mão-morta, porque são perpetuas, não morrem como as pessôas vivas, não se dissolvem como outras pessôas juridicas; e portanto não ha substituição possivel. É verdade, que os bens ficão inalienaveis como nos vinculos, ficão *amortizados*; mas assim acontece pela natureza dessas pessôas juridicas, que administrão a Capella; e não pelo encargo de alguma substituição, pois que a substituição é imposivel.

As não vinculadas, porquamto em não ha encargo de alguma substituição, não porque seja impossivel, mas porque tal encargo não foi imposto pelo disponente. Foi imposto sómente o encargo da capella, da obra pia; e tal encargo não altera a natureza dos bens, não impede sua alienação, passa á elles annexo para qualquer adquirente. Diz porisso o citado Alv. de 14 de Janeiro de 1807 § 3°, que taes bens, podendo ser alienados, não têm vinculo, não se reputão propriamente bens de capella.

Qual o sentido, em que a Lei de 1835 prohibio o estabelecimento de quaesquer outros vinculos? Se tomamos o sentido especial da palavra—*vinculo*—, como significando somente o encargo perpetuo de substituição; a Lei é inintelligivel, ou então prevenio o que já estava prevenido na Lei de 3 de Agosto de 1770.

C. L. C.

Não se-conhecem outros vinculos na accepção rigorosa da palavra, que não sejão os *morgados* e as *capellas vinculadas*; e assim é impossivel sabêr, quaes sejão esses de diversa natureza, ou denominação, á que alude a Lei de 1835. Se alludio aos *morgados irregulares*, a cit. Lei de 3 de Agosto de 1770 reduzio todos esses morgados de preterito e de futuro á unica natureza de *regulares*. Se alludio aos fideicommissos familiares perpetuos, ahi está Lobão Obr. cit. § 13 reconhecendo, que taes fideicommissos erão propriamente morgados quanto ao preterito, e que de futuro serião morgados prohibidos pela cit. Lei de 1770.

Tomando-se porém a palavra—*vinculo*—no sentido geral, que acima determinamos, fica explicada a Lei de 6 de Outubro de 1835, quando, além dos morgados e capellas, prohibe o estabelecimento de quasquer outro vinculos. Esses outros vinculos são—os fideicommissos temporarios—, substituições fideicommissarias do 2° grão em diante Não do 1° grão, porque a Ord. L. 4° T. 87 § 12 as-faculta.

Seja como fôr, ainda que a palavra—*vinculo*—se-tome em seu sentido especial, poder-se-ha dizêr, que os vinculos não se-achão extinctos depois da Lei de 6 de Outubro de 1835? Como dizê-lo, se não ha vinculo sem substituição, e se essa Lei impédio a substituição? Embora diga essa Lei—*e os existentes ficão extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos*—, não se-segue, que antes da morte de taes administradores conservem os bens a natureza de vinculados; uma vez que a substituição, caracter essencial do vinculo, é impossivel. Se procedesse a censura do Sr. Rebouças (Nota ao Art. 62 *supra*), devêra ter sido inutilmente consolidada a Ord. L. 4° T. 100, e mais legislação, sobre morgados.

3.ª ED.

Evitar-se-hião muitas questões, diz amestradamente um Escriptôr, se antes dellas conviessem os polemistas na siginificação dos vocabulos em contenda.

Estudei porisso accuradamente a significação da palavra —*vinculo*—, e na 2ª Ed. fixei a sua variedade do sentido *mais intenso* ao *menos intenso*. Trabalho perdido, porque responde-se-me (Rebouças Observ. pag. 26) —manifesta-se inapplicavel o que por demais illustrou-se, e procede effectiva e continuamente a existencia de *vinculos*!

As questões são duas, ambas de palavras, e o meu recurso é solvêl-as assim:

Art. 74. Os bens, que em virtude do Art. precedente deixarem de sêr vinculados, passarão, segundo as Leis, que regulão a successão legitima, aos herdeiros dos ultimos administradores; não podendo estes dispôr de taes bens em testamento, nem por outro algum titulo (54).

1.ª Questão:—Existem os *vinculos*, que a Lei de 6 de Outubro de 1835 no Art. 1° declarou extinctos? Sim, e não. *Sim*, no sentido *menos intenso*, se ainda existe vivo algum administradôr de taes vinculos, cuja posse nos bens vinculados a Lei respeitou até o dia da sua morte. *Não*, no sentido *mais intenso*, porque o Art. 2° da Lei tirou á esses bens o *caracter vinculatorio*, reduzindo á successão legal ordinaria a excepcional da Ord. L. 4· T. 100.

2.ª Questão:—Existem os vinculos não pertencentes á familias, não administrados por individuos dellas, que a Lei de 6 de Outubro de 1835 no Art. 3· declara não têr comprehendido nas disposições dos Arts. 1° e 2°? Sim, e não. *Sim*, no sentido *menos intenso*, se para dar-se *vinculo* bastão encargos pios, ou outros de interesse publico, mais ou menos duradouros. *Não*, no sentido *mais intenso*, se para dar-se vinculo deve accrescêr o encargo perpetuo de substituições.

Que aproveita nutrir meras questões de palavras? Confessando o illustrado Antagonista, que fôra inutil consolidar a Ord. L. 4° T. 100, e mais legislação sobre morgados, parece do meu lado estar a victoria.

Sobre o *Registro das Capellas vagas* (Art. 52 § 2° Not. 22 *supra*), seus *Tombos*, e sobre as que estão no caso de se-incorporarem á Corôa; vejão-se a Ord. n. 53 de 15 de Fevereiro de 1853, a de n. 78 de 16 de Março de 1854, e a de n. 85 de 28 de Março do mesmo anno.

(54) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 2.°

3.ª ED.

Av. n. 13 de 12 de Janeiro de 1855—Aos Provedôres de Capellas, e não aos Juizes dos Feitos, cabe o conhecimento das questões relativas á vacancia dos *vinculos* e capellas por commisso, ou por falta de successão regular e legitima.

Ar. 75. Todas as disposições testamentarias, ou doações, para instituições de morgados, e vinculos, que se não verificárão, devem havêr-se como não escriptas; e os bens, que fizerão objecto dellas, pertencem aos herdeiros dos instituidôres (55).

Av. n. 142 de 26 de Abril de 1858—Nas Comarcas, em que não existão instituições de Capellas com bens vinculados, e ordem de successão em sua administração e gôzo, não ha fundamento para nellas havêrem os Livros de Tombo, de que trata o Regul. das Correições.

Decr. n. 2941 de 27 de Junho de 1862—Manda executar o Regul. para arrematação dos bens pertencentes ao extincto Vinculo de Jaguará na Provincia de Minas Geraes.

3.ª ED.

Sobre a tomada de contas das extinctas Capellas vinculadas, veja-se a Not. ao Art. 1123 *infra*.

(55) Decr. de 29 de Maio de 1837.

PARTE ESPECIAL

LIVRO I

DOS DIREITOS PESSOAES

SECÇÃO I

DOS DIREITOS PESSOAES NAS RELAÇÕES DE FAMILIA

TITULO I

DO MATRIMONIO

CAPILULO I

Dos esponsaes, e pactos nupciaes

Art 76. Não se-póde contrahir esponsaes senão por escriptura publica (1), lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos Pais de cada um delles; e, na falta dos

---

(1) A Ord. L. 3º T. 59 §§ 11 e 21 permittia outras provas, mas a Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1º a-derogou. Escripturas de esponsaes simplesmente não se-usão entre nós, ellas se-fazem por occasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão, ou declarão, o regimen da communhão legal. A antiga Resol. de 21 de Julho de 1536 (na Colleç. de Duarte N. de Leão pag. 700) exigia escriptura publica, marcando uma taxa mui diminuta. Vid. Not. ao Art. 88.

3.ª ED.

« O não sêrem tão fraquentes (Rebouças Observ. pag. 28) as escripturas de esponsaes, como as de contracto antenupcial de dote e arrhas, não seria razão, *para que não fossem*

Pais, pelos respectivos Tutores ou Curadores, e por duas testemunhas ao menos (2). (Art. 367 § 3.°)

---

explicitamente ponderadas, dando-se uma idéa sufficiente da *sua efficacia*, e do *modo de procedêr* por ellas coercitivamente, *ao menos com remissão ao Trat. das Acç. Sum. de Lobão § 622 á 705*. »

Para que não fossem explicitamente ponderadas: Estão explicitamente ponderadas do Art. 76 ao Art. 87 as escripturas de esponsaes, e a verdade pratica da minha observação em nada prejudica a theorica da Lei—*quod abundat non nocet*—.

Sua efficacia: Está canonisada nos Art. 85, 86, e 87.

Modo de procedêr: Lá está nos Arts. 85 e 87.

Ao menos com remissão ao Trat. das Acç. Sum. de Lobão § 622 *á* 705: Aliás § 662 á 705, entre os quaes estão os §§ 674 e 677 desse Trat. de Lobão por mim citados, Nots. aos Arts. 80 e 85, e outros §§ citados ao Art. 81 Not. 8.

(2) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1.° As escripturas ante-nupciaes, e de dote e arrhas, estão sujeitas á sello proporcional—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 7° § 3.°

Esta determinação sobre o sello proporcional de taes escripturas é repetida no Art. 6° n. 3° do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860, e com a mesma redacção. Della resulta, que as escripturas ante-nupciaes sem excepção, ainda que não sejão de dote e arrhas, pagão sello proporcional; mas como cumprir tal disposição, quando as escripturas tiverem por objecto simplesmente a promessa de casamento? Em tal caso, o objecto do contracto não é apreciavel em dinheiro, e portanto resiste á applicação do sello porporcional.

3.ª ED.

« Acontecendo (Rebouças Observ. pag. 29) que a escriptura contenha tão somente a promessa de casamento sem alguma imputação de pena convencional, estará no caso de sêr tão somente sujeita ao sello fixo, como mui bem previne o mesmo Regul. ao Art. 58 § 2.° »

Sem duvida, forçoso era sujeitar ao sello fixo as escripturas de simples promessa de casamento, applicando-se o Art. 58 § 2° do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860; mas essa mesma necessidade condemnava a redacção do Art. 6° n. 3° desse Regul., que reproduzio a do Art. 7° § 3°, que só devia

Art. 77. Quaesquer promessas, pactos, ou convenções esponsalicias, que não fórem contrahidas na fórma do Art. antecedente, não produzirão effeito algum, nem serão admittidas em Juizo para qualquer acção; ainda que se-queira deixar a certeza de taes promessas, e convenções, no juramento daquelles, que as-negarem (3).

Art. 78. Não havendo Tabellião no logar da habitação dos contrahentes, e estando distante mais de duas leguas, poderão estes ajustar o casamento por escripto particular na presença dos Pais, Tutores, ou Curadores, e quatro testemunhas, os quaes todos deverão assigna-lo (4).

Art. 79. Este escripto particular, se não fôr cumprido no espaço de um mêz, perde sua validade; salvo se fôr reduzido á escriptura publica (5).

---

contemplar para o sello proporcional as escripturas de dote e arrhas, e não as ante-nupciaes.

Tollitur quæstio, porque o ultimo Regul. do sello n. 4505 de 9 de Abril de 1870 guarda silencio sobre taes escripturas, sujeitando em geral ao sello fixo no Art. 13 § 1° *in fine* os contractos não sujeitos ao sello proporcinal.

Que estas escripturas esponsalicias podem sêr lavradas pelos Escrivães do Juizo de Paz nos casos, em que fazem as vêzes de Tabelliães (Laffayette Dir. de Fam. pag. 6 not. 3), é uma deducção da Lei de 30 de Outubro de 1830—*semper specialia generalibus insunt*—.

(3) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1°. Vid. Not. ao Art. 375.

É este um dos casos, em que a escriptura publica é exigida como requisito essencial para existencia do contracto, e porisso está comprehendido no Art. 367 § 3° *infra*.

(4) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 2.°

Como escapasse no Art. 367 § 3° *infra* esta excepção da regra do Art. 77, vai agora indicada na Not. ao mesmo Art. 367 § 3.°

(5) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 2.°

Art. 80. A escriptura de esponsaes deve expressamente mencionar:

§ 1.° Os nomes dos Pais dos contrahentes:

§ 2.° O logar, onde os contrahentes nascêrão, e forão baptisados:

§ 3.° Sua idade, e seu domicilio:

§ 4.° A espontanea e livre vontade das reciprocas promessas, feitas, e aceitas, sem a menor coacção:

§ 5.° A qualidade, e o gráo de parentêsco, se o houvér, entre os contrahentes; com a declaração de que se-obrigão, se concedida lhes-fôr a dispensa legitima (6).

---

(6) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 3.°

Cumpre observar, que os requisitos exigidos neste Art. para a escriptura de esponsaes não são da essencia do contracto. Sua ommissão não induz nullidade, e no caso de duvida é possivel provar *aliunde* tudo quanto se-determina que seja mencionado na escriptura. São perigosas disposições semelhantes á essa do Art. 80, que aliás só tem em vista a melhoria do acto; visto como pessôas não sufficientemente instruidas, mesmo homens do Fôro, concluem logo, que o acto é nullo, quando não contém qualquer das declarações escriptas na lei. Deste defeito resente-se notavelmente nosso Cod. do Comm., e á elle se-devem tantas decisões de nullidade, sem que haja nullidade. E deste defeito na materia, de que ora se-trata, resente-se Lobão Acç. Sum. § 674, contemplando requisitos não essenciaes do contracto esponsalicio, de mistura com os essenciaes. Vid. Not. ao Art. 96.

3.ª ED.

« Bem se-vê (Rebouças Observ. pag. 30), que é uma lei (a de 6 de Outubro de 1784 §§ 1° e 9°) formalmente prohibitiva *de tudo quanto* possa faltar ou contrariar ao seu preceito, com positiva e expressa sancção de nullidade, e de se-dizer com a L. 12 § 1° Dig. qui et a quib. manum.—*quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*—, como no caso do instrumento de approvação do testamento cerrado sancciona a Ord. L. 4° Tit. 80 § 1.° »

Art. 81. Os filhos-familias, e os menores até a idade de vinte e um annos (7), não podem contrahir esponsaes sem

---

De tudo quanto: Mas, se nesse *tudo quanto* só entrou a *fórma essencial* de escriptura publica assignada pelos contrahentes, pais de cada um delles; e, na falta destes, por seus tutôres ou curadôres; não entrarão evidentemente as minudencias do Art. 80, e não entrarão por não sêrem *essenciaes*. O *decreto irritante* só alcança a ommisão da *fórma essencial*, não as *solemnidades accidentaes*.

Trata-se aqui de uma *nullidade de fórma*, não de uma *nullidade por incapacidade*, qual a implicita da L. 12 § 1° Dig. *qui et a quib manum*, prohibindo libertar escravos.

E trata-se de uma *nullidade de fórma*, sem paridade com a dos instrumentos de approvação dos testamentos cerrados *ex vi* da Ord. L. 4° T. 80 § 1°, explicada pelos Ass. de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Junho de 1817; nos quaes instrumentos—*tudo é de rigôr*—, como dizem os Commentadôres, e prevenirão os Arts. 1056 e 1057 Consolid. Que analogia, neste aspecto, em que a nullidade dos contractos esponsalicios deixa os contractantes em seu estado anterior de solteiros, ao passo que a dos testamentos é riscosa para a liberdade de testar, reduzindo heranças testamentarias á heranças ab intestato?

(7) Na Lei está—*vinte cinco annos*—, que reduzi á vinte e um, tendo em vista a Resol. de 31 de Outubro de 1831, não obstante algumas razões em contrario. Approximei a palavra *menores* ás outras—*até a idade de vinte e um annos*—, para cortar as duvidas de interpretação que contradictoriamente suscitára Borges Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 11 § 108 n. 16, reputando redundantes as ultimas palavras, se não fossem applicadas aos filhos-familias. Elle mesmo reconhece no T. 10 § 96 n. 17 Not., que os filhos-familias, ainda tendo mais da idade da Lei, estão no caso dos menores.

A disposição deste Art. (não como a do Art. antecedente) pertence á essencia do contracto esponsalicio, porque respeita á capacidade das partes contractantes. Vid. Nots. aos Arts. 25 e 26.

Como vê-se do texto, a lei não faz distincção entre menores puberes e impuberes, e falla em geral de—*filhos-familias e menores até a idade de vinte e um annos*—. Poderão os menores impuberes contrahir esponsaes, consentindo seus Pais ou Tu-

consentimento de seus Pais, Tutores, ou Curadores; e se estes o-prestarem, far-se-ha disto expressa menção na escriptura (8).

---

tores? Poderá o Juiz dos Orphãos supprir esse consentimento, ou concedêr licença para o casamento neste caso? A solução é negativa, mas implica com o Direito Canonico, e provavelmente foi este o motivo do silencio da lei.

Por Direito Canonico o varão para podêr contrahir matrimonio deve têr quatorze annos completos, e a molher doze annos completos, salvo quando antes dessa idade constar que tem discrição que suppra a falta della; e para os esponsaes basta, que os promittentes tenhão sete annos completos— Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1º T. 63 n. 262, e T. 64 n. 267.

Posto que assim seja, não se-segue que os Pais e Tutores devão consentir em taes casamentos, do mesmo modo que os Juizes dos Orphãos. É verdade, que a Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4º falla tambem de *tutores*, o que em rigôr allude á representação dos impuberes; mas é de crer, que usasse desta palavra para conformar-se com os habitos da linguagem vulgar, que sempre chama *tutores*, e não *curadores*, os representantes dos menores orphãos, embora estes não sejão impuberes. Está hoje abandonado o rigôr do Direito Romano, reflectido em nossa Ord. L. 4º T. 102, applicando a palavra *tutores* para os menores impuberes, e a palavra *curadores* para os menores adultos ou puberes.

(8) Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4.º

—*Far-se-ha disso expressa menção na escriptura*—: mas a falta dessa expressa menção não induz nullidade, uma vez que os Pais, Tutores, ou Curadores, tehão outorgado e assignado as escripturas.

Seu consentimento póde sêr prestado por escripto em declarações extrinsecas, e a inserção destas nas escripturas preenche o mesmo fim. Mais ainda: as escripturas não são nullas, ou antes a nullidade coberta fica, ou sanada, se depois dellas os Pais, Tutores, ou Curadores, prestarem seu consentimento, e assim confirmarem o contracto esponsalicio. Em regra a confirmação dos actos nullos (do mesmo modo que a ratificação dos actos de procurador não autorisado) póde sêr *expressa* ou *tacita*; porém no caso, de que se-trata, é prudente, que os

Art. 82. Se não quizérem presta-lo, o Juiz dos Orphãos (9), á requerimento das partes pode-lo-ha supprir na fórma, que dispõe o Art. 105; lavrando-se então a escriptura de esponsaes, onde será incorporada a Provisão ou Sentença do supprimento da licença (10).

Art. 83. Os processos para concessão, ou denegação, de taes licenças serão secretos, e portanto ordena-se:

§ 1.º Que não passem das mãos dos respectivos Juizes, e de seus Escrivães;

§ 2.º Que as proprias partes, ou seus procuradôres, vão aos Cartorios para dizêrem ou respondêrem por escripto o que hes-convier, tirando as cópias de que carecêrem;

Juizes exijão *confirmação expressa*, e não se-contentem com a prova de factos, dos quaes se-possa inferir *confirmação tacita*: Vid. Lob. Acç. Summ. §§ 666, 671, 672, e 673.

(9) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 5.º

(10) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4.º

O que fica dito na Not. antecedente sobre a expressa menção nas escripturas do consentimento dos representantes dos menores é applicavel á incorporação da sentença de supprimento de licença, quero dizer, não ha nullidade, ainda que ella não se incorpore nas escripturas, uma vez que tal Sentença houve.

Essas Sentenças ou Provisões do supprimento de consentimento dos Pais, ou dos Tutores, ou Curadores, para casamento de menores págão o imposto do § 41 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841? A Tabella só falla do supprimento de consentimento para casamento, e não do supprimento de consentimento para contrahir esponsaes. Vid. Not. ao Art. 105 Consolid.

3.ª ED.

Págão tambem sello fixo essas Provisões? Parece que sim, porquanto o Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1º diz—Provisões de tutella, e *outras não especificadas*—.

§ 3.° Que as sentenças simplesmente concedão, ou deneguem, as licenças, com indistincta relação ás provas, e sem individuaçao de fundamentos:

§ 4.° Que, passados seis mezes depois da decisão, mandem os Juizes queimar os processos (11).

Art. 84. Tendo os filhos mais de vinte e um annos, devem ainda assim pedir o consentimento dos Pais; mas, se elles o-recusarem, depois de satisfeito esse officio de obediencia e respeito, a celebração dos esponsaes póde ser effectuada independentemente do consentimento (Art. 104). (12)

Art. 85. No caso de retractação de algum dos contrahentes, a acção, que produzirem os esponsaes, terá a mesma natureza das assignações de dez dias. (13)

---

(11) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 5.°

(12) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6.°

3.ª ED.

« Esta disposição (Lafayette Dir. de Fam. pag. 5 Not. 3) comprehende tambem os *filhos illegitimos reconhecidos*, ou *legitimados*. Com esta modificação deve sêr entendido o § 3° do Ass. de 9 de Abril de 1772. »

Exactissimo, porque—*lex posterior priori derogat*—, embora a Lei de 6 de Outubro de 1784 regulasse *esponsaes*, e o Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 aspectasse ao *casamento*. Embora, porque pelos *esponsaes* se-vai ao casamento, e o—*qui medium vult finem vult*—faz equação com o—*qui finem vult medium vult*—.

(13) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 7.°
Terá a mesma natureza das assignações de dez dias:—Como estas acções não são possiveis quando as escripturas não contem obrigação *certa e liquida*, e como as obrigações das escripturas de esponsaes entrão na classe das *obrigações de fazêr*, que se resolvem em indemnisação de pêrdas e interesses; segue-se, que não se-póde demandar por assignação de dez dias senão no caso do Art. 86, quando a indemnisação

Art. 86. Os contrahentes, com approvação de seus Pais, Tutores, ou Curadores, poderáõ definir e ajustar nas escripturas a quantia, que deve servir de compensação á parte lesa no caso de injusto repudio. (14)

Art. 87. Em falta de estipulação, a indemnisação das perdas e interesses ficará ao prudente arbitrio do Juiz, segundo as circumstancias que occorrêrem. (15)

Art. 88. Os esposos podem excluir a communhão de bens, no todo, ou em parte (16); e estipular quaesquer

---

tem sido prefixada, e não no caso contrario do Art. 87. É o que resulta dos §§ 7° e 8° da Lei de 6 de Outubro de 1784. Vid. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 957.

No caso do Art. 87, isto é, de não se-ter estipulado o valor pecuniario da indemnisação das pêrdas e iuteresses; só é possivel propôr acção ordinaria, na qual, ou na execução da sentença, póde sêr liquidada a indemnisação. Assim deve-se entendêr o § 7° da citada Lei, não obstante a generalidade das palavras do preambulo delle.

Tambem não é possivel propôr nestes casos acção decendial, quando o contracto esponsalicio foi estipulado com alguma condição, caso em que o pedido depende da prova do cumprimento da condição—Cit. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 957, e Lob. Acç. Sum. § 677.

(14) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 8.°

(15) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 8.°

(16) Ord. L. 4° T. 95 § 3.°

Quando os conjuges nada convencionárão sobre o regimen do seu casamento, applica-se a regra do Art. 111 Consolid.; e o regime do casamento é o de *communhão legal*, segundo o costume geral do Imperio.

Quando convencionárão communhão total de bens, é o caso do *casamento por carta de ametade*, cujo regime é o mesmo da communhão legal; sem prejuizo de qualquer modificacão, que se-tenha estipulado, e não altere a natureza do regime.

Quando convencionárão separação total de bens, isto é, excluirão inteiramente a communhão; o regime do casamento é o *dotal*, ou então de *simples separação de bens*. O *regime do-*

pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fôr contractado (Art. 354). (17)

---

tal distingue-se do *regime de simples separação de bens* em que naquelle os bens do dote ficão *dotaes*; o que exprime privilegios, que se-lhes-attribuem; e sobretudo a inalienabilidade, como se-explicará na Not. ao Art. 122.

Quando convecionárão communhão parcial de bens, por outra, separação parcial de bens, ou exclusão parcial da communhão; o regime é *mixto*, e recebe a applicação das regras ou disposições de cada um dos regimes, de que se-compõe.

(17) Ord. L. 4º T. 46 princ., T. 60 *in fin.*, e T. 96 § 24 *in fin*. Neste caso não se-exceptuão os *pactos successorios*— Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8º *in fin.* Vid. Not. no Art. 354.

—*Estipular quaesquer pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fôr contractado*—: comtanto que esses pactos não se-opponhão á moral, e aos bons costumes; e particularmente não sejão offensivos do *poder marital*, e do *poder paternal*.

Todos esses contractos ante-nupciaes só podem sêr feitos por escriptura publica, são nullos se fôrem feitos por outra fórma, não obstante a Ord. L. 3º T. 59 § 11, e a opinião de alguns Praxistas. E' applicavel á essescontractos o que fica disposto no Art. 76 sobre os *contractos esponsalicios*, os quaes hoje não se-celebrão pura e simples mente, mas só para o fim de estabelecêr o regime do casa-mento. Vid. Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 256. Estes contractos podem têr grande influencia sobre direitos adquiridos por terceiros, e não se-póde suppôr que o legislador quizesse facilitar a prova delles por instrumentos particulares, e muito menos por testemunhas.

Só pódem sêr feitos antes do casamento, e depois do casamento não podem sêr alterados ou modificados em qualquer sentido, pena de nullidade—Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 256. Esta é a doutrina ensinada por todos os Escriptores modernos, e adoptada por todos os Codigos.

A questão da necessidade de escriptura publica para os contractos antenupciaes está decidida pelo Art. 3º § 9º da novissima Lei hypothecaria, que diz:—« Os dotes ou contractos antenupciaes não valem contra terceiro sem escriptura publica, sem expressa exclusão da communhão; sem estimação, e sem insinuação nos casos, em que a lei a-exige. » Bem se vê, que esta novissima Lei exige estes requisitos, para que taes

---

contractos valhão contra terceiros, e portanto são dispensaveis taes requisitos para effeitos entre as partes contractantes.

3.ª ED.

Se o Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4º n. 6º, e o de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 6º, isentão do imposto de transmissão os contractos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os socios e outras pessoas; deve-se concluir, que nas mesmas circumstancias isentão os contractos antenupciaes. Vid. Not. ao Art. 596 § 6º, e Art. 745, Consolid.

Todavia esta interpretação soffre duvida em vista do Av. n. 472 de 11 de Dezembro de 1874, que diz:—Estão sujeitas ao imposto as doações antenupciaes feitas entre os conjuges em grão de parentesco de tio com sobrinha, etc. E tanto mais, em vista da Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870 Art. 15, citada ao Art. 417 § 1º Consolid.

« *Naturalmente* (Rebouças Observ. pag. 31) deve sêr anteriôr ao casamento para regêr as relações do marido e molhér, e *vice-versa*, no dominio, gôzo, e successão, dos bens, que tenhão de adquirir na constancia do matrimonio; porque, não sendo anteriôr á celebração e consummação do matrimonio, entendêr-se-ha por feito com reciproca communhão de bens, conforme a regra estabelecida na Ord. L. 4º T. 46. Mas do dispôsto nessa mesma lei se *não deve deprehender, que os conjuges*, tendo contractado antes do casamento em contrario ao regime da communhão reciproca de bens, *fiquem absolutamente vedados de resilir de suas preexistentes estipulações*, etc. Nem outro se-deverá têr que seja o intuito de *todos os Codigos*...... á partir do *Cod. Civ. da França*, etc. » Mesmo *Coelho da Rocha*, etc.

Naturalmente: E' adverbio juridicamente oppôsto á *positivamente*, e não ha *positivamente* sem *pôr* algum *quid*. Em verdade, se nada *pondo-se* temos o regime conjugal, que se-reconhece irrevogavel; minha conclusão deve á esse virtual regime só attribuir o *naturalmente*, e ao inverso contractual o *positivamente*.

A communhão tacita universal de bens no casamento, representa nestes a perfeita unidade dos casados. O homem solteiro (Ribas Dir. Civ. Brazil. pag. 36) é um ente incompleto, é pela união com a molhér que elle se completa. A communhão universal de bens (Laffayette Dir. de Fam.

pag. 109) reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos conjuges.

Não se-deve deprehendêr, que os conjuges fiquem absolutamente vedados de resilir de suas preexistentes estipulações: Reduzida a questão ao *positivamente*, afastando-se o *naturalmente*, a sentença affirmativa tem á seu favôr o—*ejus est permittere, cujus est vetare*—; mas *positivamente*, pergunto eu, convem permittir aos conjuges, no actual estado das relações sociaes, no actual dominio das idéas, a revogação de seus contractos matrimoniaes? Redondamente não: 1.° porque a molhér casada é criatura fraca sob o poderio do forte seu marido; 2.° porque as fraudes são frequentes; 3.° porque marido e molhér, *pessôa collectiva* em todos os casos (Consolid. Art. 40), além de suas relações reciprocas, tem relações com terceiros.

Todos os Codigos: Legislando elles sem distincção a immutabilidade dos contractos matrimoniaes, não fica abrigo para sua mutabilidade em qualquer caso.

Cod. Civ. Franc.: Sua communhão legal (Art. 1404, e Laffayete Dir. de Fam. Not. 5ª pag. 386) exclue os immoveis possuidos ao tempo do casamento, os posteriormente adquiridos á titulo de herança; e portanto não favorece á quem raciocina com o ponto de partida de uma communhão universal de bens, visto que teria mutabilidade convencional para os bens comprehendidos nessa communhão.

Mesmo Coelho da Rocha: Opiniões divergentes sobrão, porem felizmente na levantada questão esse Jurista tomou discretamente o melhor partido—a *irrevogabilidade das convenções matrimoniaes*—; não só as expressas, como a tacita da communhão—*universorum bonorum*—. Vid. Not. *infra* aos Arts. 111, e 745.

« Pode-se subordinar (Laffayete Dir. de Fam. pag. 115 Not.) a communhão á condição resolutiva? Sim, sem prejuizo de terceiros, que tenhão direitos á fazêr valêr contra o casal por dividas contrahidas no tempo, em que prevalecia a communhão. »

E de futuro os interesses de terceiros, sempre ameaçados pela condição resolutoria de um registrado contracto matrimonial, e sempre vigilantes? Bem discorreu Mourlon com a sua negativa! Tão perigosamente não discorreu Rebouças, convindo no immutavel da nossa communhão legal! Taes clausulas resolutorias serião mais que violar accidentalmente a prohibição da lei, serião protestos contra ella, serião nada menos que provas de premeditação.—*Lex potest plus quam pactum*—.

Art. 89. No contracto dotal póde-se fazêr á molhér promessa ou doação de arrhas (18) de quantia certa, ou de certos bens moveis, ou immoveis, comtanto que não exceda a terça parte do dote, pena de ser nulla a promessa em todo o excedente (19).

Art. 90. A promessa de arrhas em quantia incerta (20) é prohibida, e não produzirá effeito algum (21).

---

(18) Não está em uso entre nós semelhante estipulação. Applica-se vulgarmente a palavra para designar o contracto dotal.

No contracto dotal— : no contracto antenupcial, em que se estipula o *regimen dotal*. *Dote* em geral é tudo, que a molhér traz para a sociedade conjugal, qualquer que seja o regimen do casamento; e portanto póde haver *dote*, sem que haja *regimen dotal*.

3.ª ED.

Bens dotaes são os do dote, quando o regimen do casamento é dotal.

Bens extra-dotaes, ou *parafernaes*, são no regimen dotal os bens da molhér, que não fazem parte do dote, ou por ella reservados.

(19) Ord. L. 4° T. 47 princ. Não se-dispensava esta prohibição—Resol. de 23 de Outubro de 1700.

Actualmente esta prohibição de excedêr a promessa ou doação de arrhas a terça parte do dote não merece attenção, não é observada. Todavia, como a Ord. L. 4° T. 47 está em vigôr, releva ponderar, que ella só procede, quando a molhér traz dote, e o marido lhe-promette ou dôa alguma cousa; não assim, quando a molhér é dotada pelo marido, o que acontece todos os dias. Não se-repute essa constituição de dote pelo marido como illegal, ainda que a molhèr tenha alguma cousa de seu.

(20) Dá-se-lhe o nome de *camara cerrada*.

(21) Ord. L. 4° T. 47 princ.

C. L. C.

Art. 91. Se o promittente das arrhas for viuvo, e tivér filhos ou outros descendentes do primeiro matrimonio, as legitimas destes não serão por qualquer modo defraudadas (22).

Art. 92. Vencidas as arrhas, a segunda molhér não poderá havêr mais do que o valôr da terça parte dos bens, que tinha o marido ao tempo do contracto dotal; sendo nulla a obrigação das arrhas em todo o excesso da mesma terça, ainda que a promessa fosse de cousa determinada (23).

---

(22) Cit. Ord. L. 4° T. 47 § 1.°

(23) Cit. Ord. L. 4° T. 47 § 1.° Não tem hoje applicação os Decretos de 17 de Agosto de 1762, e de 17 de Junho de 1778, assim como a Lei de 4 de Fevereiro de 1765, que tratão dos *apanagios* e *alfinetes*.

A disposição dos Arts. 91 e 92 *supra* procede em relação aos herdeiros necessarios em geral, ainda que não sejão descendentes do promittente das arrhas— Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 16 § 152 n. 18.

Procederá, quando o promittente das arrhas só tivér filhos naturaes reconhecidos, e portanto successiveis? A Ord. L. 4° T. 47 § 1° falla sómente de *filhos legitimos—descendentes legitimos*, e assim não póde sêr ampliada á filhos illegitimos. Todavia eu distinguo, e entendo, que a Ord. procede, quando os filhos naturaes tem sido legalmente reconhecidos antes do casamento de um pai promittente ou doadôr de arrhas.

Estas promessas e doações denominão-se *inofficiosas*, quando excedem a terça do promittente ou doador, attendendo-se porém ás forças de seu patrimonio no tempo, em que fêz a promessa ou doação.

Será extensiva a disposição da lei á toda e qualquer *doação inofficiosa*, isto é, offensiva das legitimas dos herdeiros necessarios do doador?

Entendo que não, posto que assim legislem muitos Codigos. Nossa legislação só prevenio este caso de doações inofficiosas, o da Ord. L. 4° T. 65 §§ 1° e 2° (Consolid. Arts. 139 á 142), e o da Ord. L. 4° T. 97 § 3° (Consolid. Arts. 1197 á 1204).

Art. 93. Podem sêr dados em dote bens moveis, e immoveis, assim como direitos e acções, ainda que esses bens estejão litigiosos (24). (Art. 351 § 1°)

3.ª ED.

Não se-confundão com os *apanagios* e *alfinetes*, á respeito dos quaes é bom consultar Colh. da Roch. Dir. Civ. §§ 284 e 287, as *prendas* e os *donativos* nos contractos esponsalicios, cuja restituição é devida, quando não segue-se o casamento, por applicação dos Arts. 85, 86, e 87, *supra*.

(24) Ord. L. 4° T. 10 § 11. Como não ha hoje o crime de *usura*, torna-se inutil o favôr da Ord. L. 4° T. 67 § 1° quanto ao dote.

3.ª ED.

Av. n. 464 de 23 de Outubro de 1860—O menor de 14 annos, que deflora virgem menor de 17 annos, apenas póde soffrêr a pena correccional do Art. 13 do Cod. Crim.; quanto ao *dote*, o menor de 17 annos, com mais de 14 annos, está obrigado á satisfazel-o integralmente.

Lei n. 1217 de 7 de Julho de 1864—Estabelece a *dotação* de Suas Altezas Imperiaes, quando houvèr de realisar-se o seu consorcio.

Av. n. 262 de 17 de Julho de 1865—Sendo o *dote* uma verdadeira satisfação do mal causado pelo delicto do Art. 219, e outros do Cod. Crim., o modo de tornal-o effectivo é o do Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, explicado pelo Av. de 18 de Outubro de 1854; recorrendo-se, no caso de deficencia do réo para pagamento do *dote*, ao que estabelece o Art. 32 do citado Cod.

Lei n. 1904 de 17 de Outubro de 1870—Estabelece para Sua Alteza D. Izabel, nos termos do respectivo contracto matrimonial, um *patrimonio* em terras nas Provincias de Santa-Catharina e Sergipe.

Lei n. 1905 da mesma data—O mesmo para Sua Alteza D. Leopoldina, sendo o *patrimonio* em terras nas Provincias do Paraná e Espirito-Santo.

3.ª ED.

Quando o dote consistir em direitos e acções, a dotação opéra-se por uma *cessão*, em que o dotadôr é o *cedente*, e *cessionario* è quem recebe o dote.

Art. 94. E igualmente bens emphyteuticos, precedendo licença do senhorio, sem que se-lhe pague laudemio (25). (Arts. 614 § 2°, e 622)

---

(25) Ord. L. 4° T. 38 princ., e T. 95 § 1° *in fin*. Os bens que outr'ora chamavão-se—*da Corôa*—não podião ser dados em dote sem licença régia—Ord. L. 2° T. 35 § 18.

« A Ord. L. 4° T. 38 pr. (Rebouças Observ. á este Art.) não exige licença alguma prévia ou precedente do senhorio para doar ou dotar, senão que se-lhe-faça sciente, para vêr se tem algum embargo, etc. »

Esta censura não me-parece procedente, porque, se a Ord. L. 4° T. 38 pr. diz—*para vêr se tem algum legitimo embargo*, está claro, que ha necessidade de licença prévia, visto como o embargo suppõe doação ainda não consummada. Provavelmente o illustrado censôr teve em vista o direito de opção do senhorio, ou de preferencia tanto por tanto, direito que não se-póde dar, quando a cousa aforada transfere-se á titulo gratuito; mas ainda assim o caso é duvidoso, como se-póde vêr no Repert. das Ords. Tom. 2° pag. 566, pois que o dote póde sêr constituido por pessoa estranha, e não pelo pai da dotada.

Citei a Ord. L. 4° T. 95 § 1°, tendo em vista sómente estas suas palavras—*por consentimento e autoridade do senhorio*—. Esta Ord. não trata propriamente da constituição do dote, mas fere a hypothese de ter o marido hypothecado á molhér bens foreiros, o que dá-se por certo para segurança do dote ou de arrhas promettidas. Vid. Arts. 155 § 2°, 614 § 2°, e 622, Consolid.

3.ª ED.

« Quanto fica expôsto, (Rebouças Observ. pags. 34 e 35), e se podesse mais dizer, nunca conseguiria provar, que fosse o fiel transumpto da Ord. L. 4° T. 38, tratando das doações e dotes de bens emphyteuticos, o Art., que á ella attribue dizer—*precedendo licença do senhorio*—; em vêz de—*lhe-fará sabêr*—, como literalmente diz a mesma Ord. etc. Nem em caso algum *fazêr sciente* foi como *pedir licença*, ou á isto equivalente. »

Fazèr sciente, sem dizêr mais nada a Ord., certamente não fôra pedir licença; porém a Ord. diz mais—*para vêr se tem algum legitimo embargo*—. Com este appendice *fazer sciente* é *pedir licença*, porque, dado o embargo e procedendo (justificada a reprovação, como diz o Trat. do Dir. Emphyt. de Lobão Not. ao § 368), a doação não se-faz, o dote não se-constitúe. Não é pois licença de officio moral, ou de mera cortezia, como o do Art. 84 *supra*, já que a sua negativa legitimada impede o acto. Não póde o foreiro ao pedir da liença já estar incurso em commisso?

A licença em tal hypothese não importaria renuncia do commisso, como no caso (Lobão cit. § 804) do recebimento das pensões vencidas?

A tenaz censura ouso attribuir á um preconceito, e á uma confusão. A' preconceito, porque tem vogado a opinião de não sêr necessario para doar o consentimento do senhorio, de cuja solidêz muito duvidou o cit. Lobão na mesma Not. ao § 368. A' confusão, porque liga-se a licença com o *direito de opção* dos Arts. 616 e 617 *infra*. Sim, nos casos de doação e dote, não ha *direito de opção* para o senhorio, não basta que elle responda—*quero consolidar o dominio util com o directo*—; mas póde respondêr—*tenho legitimo impedimento*—, o que induzirá commisso, se o foreiro não esperar pela respectiva decisão judicial.

CAPITULO II

Da celebração do matrimonio

Art. 95. As disposições do Concilio Tridentino (1), e da Constituição do Arcebispado da Bahia, á respeito do matri-

---

(1) Recebêrão e mandárão executar o Concilio Tridentino e Decr. de 12 de Setembro de 1564, e a Lei de 8 de Abril do 1569.

3.ª ED.

A Lei de 8 de Abril de 1569 (Borg. Carn. 1° Addit. pag. 31) recebeu e mandou executar o *Concilio Tridentino geral e indistinctamente*. N. B. Isto mesmo tinha já ordenado o Decr. de 12 de Setembro de 1564, porém posteriormente declarou Pio V, que somente recebia para si a jurisdicção espiritual, que é de Deus; deixando á *El-Rei*, e á sua Corôa, a temporal e terrena, que é de *Cesar*.

monio, ficão em effectiva observancia em todos os Bispados, e Freguezias do Imperio (2).

Art. 96. Os Parochos receberão em face da Igreja os contrahentes, sendo do mesmo Bispado, ao menos um delles seu parochiano; e não havendo entre elles impedimento, depois de feitas as denunciações canonicas; sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados (3).

Av. de 29 de Fevereiro de 1840—Recomenda em todas as Parochias a predica ordenada pelo *Concilio Tridentino*, e pela Constituição do Arcebispado da Bahia.

(2) Decreto de 3 de Novembro de 1827.

Não tem hoje observancia quanto aos casamentos de pessoas, que professarem religião differente da do Estado—Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861, e Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

(3) Cit. Decr. de 3 de Novembro de 1827.

Não havendo entre elles impedimento: —quanto aos impedimentos dos casamentos de pessoas não catholicas—cit. Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Arts. 7 á 18.

Depois de feitas as denunciações: —quanto ás denunciações ou banhos dos casamentos de pessoas não catholicas—cit. Regul. n. 3069 Arts. 56 á 59.

Não é impedimento a *escravidão*, ou seja de ambos os nubentes, ou seja do escravo para casar com pessoa livre. « Os escravos e escravas (Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1° T. 71 n. 303) podem casar com outras pessoas captivas ou livres, e seus senhores não lhes podem impedir o matrimonio, nem o uso delle em tempo e logar conveniente; nem por esse respeito os-podem tratar peior, nem vender para outros logares remotos, para onde o outro por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento, o não possa seguir.... E declaramos, que, posto que casem, ficão escravos, como d'antes erão, e obrigados á todo o serviço de seu senhôr.

Ha porém *erro essencial*, e o casamento póde sêr annullado, quando o homen livre casa com escrava, ignorando que o-era, ou vice-versa—Borg. Carn. Dir Civ. Liv. 1° T. 11 § 102 n. 5, e § 104 n. 56, Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1° T. 67 n. 285 impedim. 1.°

Art. 97. O matrimonio não póde ser celebrado contra as Leis do Imperio, e será punido o Ecclesiastico que recebêr os contrahentes, não se-mostrando habilitados na conformidade das mesmas Leis (4).

3.ª ED.

Av. n. 316 de 18 de Julho de 1865—Não ha meio legal de impedir, que o *preso* se-case por procuração.

Sobre procurações para contrahir matrimonio, veja-se a Not. ao Art. 470 *infra*.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 7.°—O assento de casamento deverá contêr *necessariamente* a declaração de *parentesco, ou outro impedimento canonico*; assim como de todas, ou de algumas *denunciações canonicas*.

Cit. Regul. de 1874 Art 63 n. 11—O assento do casamento deverá contêr *necessariamente*, se algum ou ambos os conjuges se-casarão por procuração, os nomes, idade, e domicilio ou residencia actual, do procurador, ou dos procuradores. Vid. Not. ao Art. 470 *infra*.

3.ª ED.

Sobre os impedimentos do matrimonio na Igreja Catholica, classificados como, *impedimentos dirimentes*,—*impedimentos impedientes*, ou—*prohibitivos*; nada melhor se-póde consultar que o Dir. Eccl. de Monte T. 11. Cap. 1° á 24.

N'esse Livro as quatro Arvores, de consanguinidade, de affinidade, cognação esperitual, e cognação legal, instruem completamente sobre os *grâos de parentesco* segundo Direito Canonico, á que refere-se o Art. 80 § 5° *supra*.

Sobre os grâos de parentesco segundo Direito Civil veja-se a Not. 1 ao Art. 959 *infra*.

(4) Art. 247 do Cod. Crim. O Av. Circ. de 10 de Janeiro de 1771 havia prohibido, que os Parochos publicassem os proclamas dos filhos familias sem preceder consentimento dos Pais, mas o Decr. de 15 de Maio de 1778 revogou esse Av. Vid. Art. 106 *infra*.

« Bem se-vê, que semelhante Decr., o de 15 de Maio de 1778, (Rebouças Observ. á este Art.) nada tem, nem póde ter, de prejudicial á Lei de 29 de Novembro de 1775, e ao Art. 247 do Cod. Crim., etc.»

Estou conforme com ésta observação, e de minhas palavras não se-collige, que neguei, ou enfraqueci, a sancção do Art. 247 do Cod. Crim. Ao contrario, esse Art. cohibe o arbitrio dos Parochos—*posteriora derogant priora*—.

3.ª ED.

Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846 (citado *infra* ao Art. 107) —Não é da competencia do Juizo Ecclesiastico conhecêr das vantagens, ou desvantagens, dos casamentos dos menores.

Av. n. 332 de 13 de Novembro de 1858—Os Parochos não podem recebêr em matrimonio orphãos menores sem liçenca do competente Juizo.

Av. n. 88 de 23 de Março de 1868—Deve ser pnnido com as penas do Art. 247 do Cod. Crim. o Parocho, que recebêr em casamento orphãos de qualquer especie sem licença do Juiz.

Av. n. 289 de 5 de Agosto de 1868—Confirma o anterior n. 88 de 23 de Março do mesmo anno.

Av. n. 470 de 16 de Outubro de 1869—Os Avisos de 18 de Julho de 1846, e 13 de Novembro de 1858, são extensivos á todos os orphãos, até mesmo aos indigentes, incorrendo porisso nas penas do Art. 247 do Cod. Crim. os Parochos, que os casarem sem licença do respectivo Juiz.

Que no Brazil, segundo a legislação vigente, os *Parochos* estão sujeitos á ser processados pela autoridade temporal, e perante ella responsabilisados, demonstrou vigorosamente o Dr. J. V. de Castro Tavares nas suas Cartas ao Arcebispo da Bahia.

Os escravos não podem casar sem consentimento de seus senhores, como tem firmado o Art. 63 n. 6° do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874.

Cit. Regul. de 1874 Art. 63 n. 8.—O assento de casamento deverá conter *necessariamente*, no caso de menoridade de um ou de ambos os conjuges, declaração do consentimento dos superiores legitimos, que o-podem dar.

Cit. Regul. de 1874 Art. 64—Na hypothese da menoridade de um ou de ambos os conjuges, o assento fará menção do consentimento dos pais, tutores, ou curadores; e da natureza do documento, que o prova; e bem assim do alvará de licença do Juiz de Orphãos nos casos, em que é preciso. O consentimento por escripto dos pais, tutores, ou curadores, não é necessario, estando elles presentes, e assignando o assento.

Art. 98. Serão igualmente punidos os que contrahirem matrimonio clandestino (5), depois de declarado tal no Juizo Ecclesiastico (6).

Art. 99. Prova-se o matrimonio com certidões extrahidas dos Livros Ecclesiasticos, que mostrem sua celebração em face da Igreja, ou fóra della com licença do Prelado (7).

---

(5) Cod. Crim. Art. 248.

Matrimonio clandestino:—o que é feito sem assistencia do Parocho, ou de outro Sacerdote devidamente autorisado, e de duas testemunhas ao menos—Constit. do Arcebisp. da Bahia Liv. 1° T. 67 n. 285 impedim. 14.

O matrimonio não é *clandestino* por não precederem banhos ou proclamas—Constit. do Arcebisp. Liv. 1° T. 66 n. 281.

Quanto á casamentos de pessoas não catholicas, a falta de denunciações não os-annulla, faz sómente incorrêr o Pastor ou Ministro nas penas do Art. 248 do Cod. Crim.—Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 56.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 12—O assento do casamento deverá contêr *necessariamente* os nomes, idade, profissão, e domicilio ou residencia actual, de *duas das testemunhas, que assistirão ao casamento*, e que devem assignar o assento.

(6) Lei de 13 de Novembro de 1651.

Esta Lei está derogada pelo Cod. Crim. Art. 248, só na parte penal; não quanto á declaração da *clandestinidade* pelo Juizo Ecclesiástico, se o casamento é catholico ou mixto. Se é acatholico, a declaração da *clandestinidade* compete ao Juiz de Direito—cit. Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 9.° Vid. Laffayette Dir. de Fam. pag. 48 Not.

(7) Ord. L. 3° T. 25 § 5°, L. 4° T. 46 § 1°, L. 5° T. 38 § 4°; Const. do Arcebisp. da Bahia L. 1° T. 73 §§ 318 e 319, Decr. de 13 de Julho de 1832, e de 11 de Julho de 1838.

Quanto á prova dos casamentos de pessoas não catholicas:

Celebrados fóra do Imperio,

Celebrados no Imperio antes da publicação do Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861,

E celebrados no Imperio depois da publicação desse Decr., Regem as disposições dos Arts. 1° á 6°, 40, 41, e 42, do cit. Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863. Vid. Av. n. 38 de 10 de Fevereiro de 1864.

Não obstante a generalidade das Convenções Consulares citadas ao Art. 2°, autorisando os Consules para recebêrem em suas Chancellarias quaesquer actos, que os subditos de suas nações quizerem alli fazer; tal generalidade não comprehende os assentos de casamentos de pessoas não catholicas, celebrados no Imperio—cit. Regul. de 17 de Abril de 1863 Arts. 5° n. 3°, 6°, e 40.

Comprehenderá porém os chamados *casamentos-civis* entre catholicos, que independem do acto religioso? É questão, que não ouso decidir.

O que fica dito na Not. ao Art. 2° sobre as certidões de nascimento, e obito, procede sobre as certidões de casamentos catholicos, quando não houverem assentos no Registro Ecclesiastico, ou estes se-perdêrem, ou não estiverem em devida fórma.

3.ª ED.

Resol. de 18 de Março de 1812, Decr. de 13 de Julho de 1832, e de 11 de Julho de 1838, citados nesta 3.ª Ed. ao Art 2°, *supra* em relação ás certidões de baptismo e obito, agora applicaveis ás *certidões de casamento*.

A generalidade das Convenções Consulares, de que fallei *supra* na 2ª Ed. comprehende os chamados *casamentos civis* entre catholicos? Sim, resolvo agora.

A Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870, que mandou procedêr ao recenseamento da população do Imperio autorisou em seu Art. 2°. o Regul. n. 5604 de 25 da Abril de 1874 sobre o registro civil dos *casamentos*, com o dos nascimentos e obitos, e pelo Art. 1° desse Regul. os respectivos assentos registraes *certificão o facto do casamento*.

Os Arts. 62, 63, e 64, deste Regul. de 1874 regulão o registro dos *casamentos catholicos e mixtos*, celebrados no territorio do Imperio, á cargo do Escrivão de Paz do districto da residencia dos *conjuges*; que o mesmo Regul. chama *esposos*, como se antes do registro civil não fossem casados.

Quanto aos assentos e *casamentos catholicos*, rege o cit. Regul. de 1874 Art. 65.

Quanto aos de casamentos contrahidos em paiz estrangeiro de pessôas residentes no Imperio rege o cit. Regul. de 1874 Art. 66, em referencia ao Art. 7°.

Art. 100. Tambem se-prova por outro qualquer instrumento publico (8). Quanto á conjuncção por testemunhas, depondo estas que os conjuges estiverão em casa teúda e manteúda (9); e em publica vóz e fama de marido e molhér por tanto tempo, quanto baste para presumir-se o matrimonio entre elles (10).

Art. 101. Os filhos-familias, e os filhos menores (11), não podem casar sem consentimento de seus Pais (12), Tutores,

(8) Cit. Ord. L. 3° T. 25 § 5.°

(9) A expressão está admittida na legislação nova—Art. 251 do Cod. Crim.

(10) Ord. L. 3° T. 59 § 21, L. 4° T. 46 § 2°, L. 5° T. 19 § 2°, T. 25 § 8°, e T. 38 § 4.° Os Praxistas notão judiciosamente, que essa prova testemunhal de cohabitação e fama de casados não póde ser admittida depois da aceitação do Concilio Tridentino. Foi uma inadvertencia dos Compiladores da Ord. Filippina, que taes disposições transcrevêrão da Manoelina promulgada antes do Concilio. O facto da cohabitação indicará concubinato, ou matrimonio clandestino; mas não matrimonio solemne, e legal. A prova de testemunhas actualmente tem logar no Juizo Ecclesiastico, afim de se-abrir o competente assento, ou por se-ter perdido o Livro dos Registros, ou para supprir a omissão dos Parochos. Vid. Notas aos Arts. 118, e 369 § 11, *infra*. Esta nota vem confirmada no Direito 16-p

3.ª ED.

Av. de 2 de Agosto de 1851—Justificações para prova de casamento são feitas no Juizo Ecclesiastico. Tal Av. não achei na Coll. Vai por conta dos Apontam. Jurid. de Motta, e porque sua decisão é bôa, e conforme á Not. *supra* da 2.ª Ed.

(11) A Lei de 19 de Junho de 1775 § 5° falla só dos filhos familias, e sem distinguir a idade. A de 6 de Outubro de 1784 no § 4° distingue os *filhos familias* e os *menores*, e no § 6° os *filhos maiores*; e com esta modificação uniforma os casos de licença para *esponsaes*, e para *casamento*

(12) A Lei de 29 de Novembro de 1775 contemplou tambem as *mãis* em accordo com a Ord. L. 4° T. 88 §§ 1°, 2°, e 3°;

porém nossas Leis ultimas de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 5°, e Art. 15 § 12, só designão o *pai*, ou *tutor*. Quanto ao consentimento da mãi, entendo pois, que estão sem vigôr aquella Ord., e a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. Tal é a intelligencia seguida no Fôro, porque nunca se-tem requerido o consentimento das mãis para casamento dos filhos.

« Não havendo lei, que expressamente derogasse a de 29 de Novembro de 1775 (Rebouças Observ. á este Art.), a intelligencia de estarem sem vigôr essa Lei, e a Ord. L. 1° T. 88 §§ 1°, 2°, e 3°, manifesta-se avêssa em geral á logica e hermeneutica, e em especial induz offensa de mui graves interesses da moral, das familias, e da ordem civil, etc. »

Não se-produz argumento, que convença, e contra a censura ahi temos a praxe do Fôro. A praxe é boa, porque, mesmo sob o dominio da legislação anterior á Lei de 22 de Setembro de 1828, e ao Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842, entendia-se, que o voto do marido preponderava sobre o dissenso da molhér—Lob. Acç. Sum. § 679

3.ª ED.

« A Lei de 22 de Setembro de 1828 tratou somente da attribuições, que competião ao extincto Desembargo do Paço *e passavão á sêr exercidas pelas actuaes Autoridades*; o Regul. de 15 de Março de 1842 Arts. 5° § 5°, e 15 § 12, não faz mais que repetir dessas attribuições as que ficarão competindo aos Juizes dos Orphãos. Não tratão, pois, essas disposições da derogação de algum dos preceitos essencialmente dispostos na legislação anteriôr; e no que lhes-é referente deve-se entendêr, que tem por fim sua execução, uma vêz que não lhes-é *expressamente dirogatoria—non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur—posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariæ sunt—*. A Lei de 18 de Agosto de 1769 § 14 condemna a supposição de se-havêr por derogadas leis expressas tão somente *pelo facto de não sêrem postas em execução*. O que diz Lobão, etc ».

E passavão á sêr exercidas pelas actuaes Autoridades: Logo, se não passarão evidentemente as attribuições intregalmente omittidas, tambem não passarão evidentemente as repetidas na parte omittida—*inclusio unius, exclusio alterius—*.

Expressamente derogatoria: Mas, si—*posteriora derogant prioribus,—se-leges tempore posteriores potiores sunt his quæ ipsas præcesserunt—*, ha uma derogação tacita, uma derogação virtual, tão cathegorica como a expressa.

Pelo facto de não serem postas em execução: Mas,—*optima est legum interpres consuetudo—leges non sunt suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur—*. Convergem aqui a derogação tacita, e a praxe, em segnificativa harmonia.

O que diz Lobão, etc. : Foi citado unicamente por illustração, attendeu á legislação de seu tempo, que dizia no plural —*pais*—, e não no singular—,*pai*,—como a Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, como o Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 5° e Art. 15 § 12. A legislação anterior, tambem eu a-entendi como Lobão, recordando o consentimento da mãe.

ou Curadores (13); e, casando sem este consentimento, incorrem na pena de desherdação, e na de privação do direito de pedir alimentos (14). (Arts. 170 § 5°, e 1016 § 9.°)

Art. 102. Os filhos-familias (15) do sexo masculino incorrem nas decretadas penas, á arbitrio dos Pais, qualquer que seja

(13) Trata-se de filhos, e não de orphãos. Verifica-se esta tutoria ou curadoria em dois casos: 1°, estando os pais mentecaptos, conforme prevenio a Ord. L. 1° T. 88 § 6°; 2°, estando ausentes. Vid. Arts. 177 e 178 *infra*.

(14) Ord. L. 4° T. 88 §§ 1°, 2°, e 3°; Lei de 19 de Junho de 1775 §§ 4° e 5°, de 29 de Novembro do mesmo anno; Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 2°, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6.°

3.ª ED.

Distinguão-se bem os dois casos: O deste Art. 101, em que os filhos-familias, e os filhos menores, *casão* sem consenso paterno, tutellar, ou curatellar; e o outro caso do Art. 81, em que *tratão casamento* sem esse mesmo consenso. Aqui incorrem nas penas á cima decretadas, no caso do Art. 81 a pena é unicamente a de nullidade imposta no Art. 77.

(15) O Ass. de 9 de Abril de 1772 trata dos filhos em geral, e não de filhos-familias. Sua intelligencia deve ser restringida pela posterior disposição da Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6.°

a idade, em que casem sem o dito consentimento (16). (Art. 1016 § 9.°)

Art. 103. Os do sexo feminino incorrem nas mesmas penas, casando sem consentimento dos Pais antes de têrem vinte e um annos (17). (Art. 1016 § 9.°)

Art. 104. Á respeito dos filhos, que não se-achão sob o patrio poder, e fôrem já maiores, guardar-se-ha o disposto no Art. 84; não sendo embaraço ao casamento a repugnancia dos Pais, e não incorrendo os filhos em pena alguma (18).

Art. 105. Recusando os Pais, Tutores, ou Curadores, consentir nos casamentos dos filhos, podem estes recorrêr aos Juizes de Orphãos; que, ouvindo de plano em termo summario aos dissentientes, e informando-se da conveniencia dos casamentos; concederáõ, ou denegaráõ, as licenças; dando

---

(16) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2.° Como o Alv. de 29 de Agosto de 1776, confirmatorio deste Ass., é posterior á Lei de 19 de Junho de 1775, cessou a pena de *desnaturalisação* ahi fulminada.

(17) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2°, com referencia á Res. de 31 de Outubro de 1831.

(18) Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6°, que modificou a de 29 de Novembro de 1775.

3.ª ED.

« A generalidade (Laffayette Dir. de Fam. pag. 44 Not. 3) do § 6° da Lei de 6 de Outubro de 1784, isentando á todos os *maiores* da necessidade de pedir consentimento aos pais, comprehende tambem *os filhos illegitimos*, e assim *restringe* a disposição do § 3° do Ass. de 9 de Abril de 1772. »

Tambem exactissimo, como no additamento da minha Nota ao Art. 84. Que importa não versar o Ass. sobre *esponsaes*; se- *fine habito de mediis non curatur*—? Não fôra cabivel a restricção do § 3° do Ass. em prol dos *filhos illegitimos*, se o seu § 2° exhibisse diversa disposição relativamente aos *filhos legitimos*. Para uns e outros, porém, era elle duro, dizendo—*qualquer que seja a idade em que se-casem—em qualquer idade que tenhão*—.

recurso ás partes, na fórma das Leis do Processo (19). (Arts. 82, e 1016 § 9.°)

Art. 106. Obtidas as licenças, os recorrentes as-apresentem aos Parochos, á que tocarem, para por elles sêrem admittidos aos matrimonios, como se interviesse expresso consentimento dos Pais, Tutores, ou Curadores (20).

---

(19) Lei de 29 de Novembro de 1775, Ass. de 10 de Junho de 1777, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 5°, e Art. 15 § 12. Págão estas licenças o imposto do § 41 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841, confirmado pelo Av. n. 42 do 1° de Maio de 1850. Págão tambem o sello do Art. 47 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850. O recurso é o de aggravo, mas, sendo sempre de petição, não de instrumento, as partes ficão sem recurso em alguns casos, visto que pelo Art. 15 do Regul. de 1842 não se-póde aggravar de petição fóra das cinco leguas. Os Praxistas são concordes em exceptuar da Lei de 29 de Novembro de 1775 este caso especial.

« Não se-devia deixar de dizer (Rebouças Observ. á este Art.), que o recurso é sempre, e á *todas as distancias*, o de aggravo de petição, como expressamente diz a Lei de 29 de Novembro de 1775, etc. »

Não se-disse, porque a Lei citada não falla em distancias; mas aceito de bom grado a interpretação que-se lhe-dá, para que as partes tenhão recurso em todos os casos.

3.ª ED.

A disposição do Art. 47 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 sobre o sello qualitativo de taes licenças para casamento está substituida (ao que parece) pela do Art. 13 § 1° do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 sobre o sello fixo de papeis segundo o numero de folhas.

Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8° pag. 209) de 3 de Agosto de 1875—A concessão, ou denegação, de licenças para casamento de orphãos é exorbitante das attribuições dos Juizes substitutos.

(20) Cit. Lei de 29 de Novembro de 1775 § ultimo. Vid. Not. ao Art. 97 *supra*.

Art. 107. Os menores orphãos não podem casar sem licença do seu Juiz, sob a pena já declarada no Art. 19, ainda que a-tenhão da mãe ; quer esta se-conserve viuva, quer passe á segundas nupcias, ou seja delles tutora (21).

Art. 108. Se o casamento desigual do orphão lhe-fôr urdido por engano, ou induzimento, de terceiro; será este constrangido á perfazêr tanto, quanto o orphão podéra achar, se casasse com igualdade (22).

(21) Ord. L. 1° T. 88 §§ 19 e 27, Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846.

3.ª ED.

Av. n. 312 de 20 de Outubro de 1859—O casamento de uma menor, filha de pai incognito, com mãe viva, não póde sêr effectuado sem licença do Juiz, á vista da Ord. L. 1° T. 88 §§ 19 e 27, e do Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846.

Av. n. 116 de 9 de Março de 1860—Os filhos menores, que obtem licença de seus pais para se-casarem, não precisão do consentimento do Juiz de Orphãos.

Av. n. 88 de 23 de Março de 1868—Quanto ao casamento de orphãos filhos de pais incognitos, não ha duvida em face da Ord. L. 1° T. 88 §§ 19 e 27, e dos Avs. de 18 de Julho de 1846, e 20 de Outubro de 1859.

Av. n. 289 de 5 de Agosto de 1868—Confirma o antecedente n. 88 de 23 de Março do mesmo anno.

Av. n. 470 de 16 de Outubro de 1869—Os Avisos de 18 de Julho de 1846, e 13 de Novembro de 1858, são extensivos á todos os orphãos, até mesmo aos indigentes.

(22) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 20. Trata-se de uma indemnisação de damno, e não de uma pena. Como liquidar essa indemnisação ?

3.ª ED.

« A mesma Ord. (Reb. Observ. pag. 42) presta a base ou criterio, que deve havêr na computação da indemnidade, de que trata, dizendo-a—*tanto quanto devêra ser dado em casamento* com a dita pessôa, com quem se-casou ; e será obvio procedêr-se como no caso do dote, de que trata o Art. 219 do Cod. Crim., e em outro qualquer dependente de liquidação, embora

Art. 109. Se o proprio Tutor, ou Curador, induzir o orphão, e casa-lo sem autorisação do Juiz; havendo para si, directa ou indirectamente, no todo ou em paate, os bens do pupillo ; ou entrando em alguma especulação de lucro, relativamente aos ditos bens ; incorrerá nas penas do Art. 147 do Codigo Criminal (23).

Art. 110. Nenhum soldado poder-se-ha casar sem licença do chefe de seu respectivo corpo, regimento, ou batalhão (24).

a imputação se-chame pena, multa, satisfação, ou semelhante. »

Quem lêr attentamente essa Ord. L. 1° T. 88 § 20, certo convirá no defeito de sua redacção, porque diz—*alguma pessôa*—em relação ao terceiro induzidôr ; e depois diz—*da dita pessoa—com a dita pessoa*—em relação á molhér do casado, sem têr antes della fallado. Agora a-entendi correctamente, e substituo o Art. á cima por outro nestes termos: Art. 108. —Se o casamento desigual do orphão lhe foi urdido por induzimento de terceiro, perfazerá este tanto quanto faltar para o dote, que devêra têr a casada—.

Esta Ord., em continuação immediata do § 19, bem se-vê sêr só applicavel á orphãos do sexo masculino, e não aos do feminino, como distingui nos Arts. 19 e 20 *supra*. Proceda-se pois na liquidação, como adverte o illustrado Censôr, *ad instar* do caso do dote do Art. 219 do Cod. Crim. ; liquidando-se ali o dote inteiro, aqui a parte necessaria para preenchêl-o.

(23) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 21, harmonisada com a Lei nova.

(24) Art. 27 Cap. 26 do Regul. confirmado pelo Alv. de 18 de Feverero de 1763. O Regul. diz—*sem licença de seu coronel*—, mas tem-se entendido pela palavra—*coronel*—qualquer chefe encarregado do commando e disciplina de um regimento ou batalhão. Acha-se igual disposição no Cod. da Prussia Part. 2ª T. 1° Secç. 1ª Arts. 34 e 35, e no Cod. Civ. d'Austria Art. 54. Pela Ord. L. 1° T. 95, e pelo Decr. de 26 de Março de 1734, os julgadores temporaes não podião casar sem licença com molhéres da sua jurisdicção. Esta legislação foi declarada sem vigor pela Resol. de 14 de Dezembro de 1830,

CAPITULO III

Dos direitos entre os conjuges

Art. 111. Realisando-se o casamento sem convenção, entende-se, que os esposos adoptárão o regime da communhão em todos os bens, segundo o costume geral do Imperio (1).

---

cessando portanto pela Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 11 a attribuicão dada ao Governo sobre a licença.

3.ª ED.

A nova sancção penal do Art. 147 do Cod. Crim. substituio a penal da Ord. Liv. 1° T. 88 § 21, deixando intacta a sancção civil da reparação do damno causado pelo Tutôr ou Curadôr induzente. Complete-se pois o Art. 109 ácima com este additamento final—*além de dar ao orphão outro tanto da fortuna deste.*

(1) Ord. L. 4° T. 46 princ.

Quando o regime do casamento é o de communhão em todos os bens, os conjuges estão em sociedade universal de bens presentes e futuros—Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 12 § 127 n. 4.

Não resulta porém communhão no casamento do homem livre com molhér escrava, ou de homem escravo com molhèr livre—Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 427.

Posto que o regime do casamento seja o da communhão de bens, é livre doar ou deixar bens ao marido ou á molhér com a clausula de não se-communicarem, e mesmo de não serem administrados pelo marido, como reconhece o Art. 874 n. 6 do Cod. do Com.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 10—O assento de casamento deverá contêr necessariamente declaração *do regime matrimonial*: se o casamento foi feito segundo o costume do Imperio, ou se houverão escripturas antenupciaes; e neste caso, a sua data, o logar em que forão lavradas,

o Tabellião que as lavrou, e a substancia dellas quanto ao regime dos bens.

Vid. Nots. aos Arts. 88 e 745 Consolid..

« O casamento (Dig. Brazil. á Ord. L. 4° T. 46) se entende feito *por carta de ametade*, excepto: *se o marido, sendo pobre, se-fingio rico para casar; se o menor casou sem licença do Juiz,—sendo o matrimonio contrahido sem licença ex* L. 2° T. 26 § 22. »

Por carta de ametade: E' a expressão da Ord. L. 4° T. 46, mas ella compara, dizendo—*se-entendem sêrem feitos por carta de ametade.* Quando ha *carta de ametade*, ha contracto escripto de communhão de bens, como se-disse ao Art. 88 Not. 16; equiparado pois o regimen da *communhão tacita* (communhão legal), á *communhão expressa*, mas quando? Quando a *communhão expressa* fôr igual em tudo á *communhão tacita* sem a minima alteração. E não havendo alteração que motivo para reduzir o regime á escriptura? Não basta a virtude da lei?

Se o marido, sendo pobre, se-fingio rico para casar : D'onde vem esta limitação? Aqui domina a regra— *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*—.

Se o menor casou sem licença do Juiz: Outra limitação sem fundamento em lei, sinão á ella opposta. Privação de administrar seus bens até a idade de vinte annos completos (Consolid. Arts. 19 e 107), diz acertadamente o Livro dos Dir. de Fam. pag. 46 Not. 4ª, é a unica pena, em que incorre o menor orphão, que casa sem consentimento do Tutor ou Juiz.

Do casamento, em que um dos contrahentes ou ambos, são menores, diz tambem o Livro dos Dir. de Fam. Not. 6ª pag. 388, resulta a communhão legal, sem embargo de havêr sido contrahido sem consentimento do Tutor, Curador, ou do Juiz de Orphãos. O Repert. indica essa limitação como opinião de Caldas, mas contrariada por Guerreiro.

Sendo o matrimonio contrahido sem licença ex L. 2° T. 26 § 22:

Desta Ord. tal não consta. E se licenças davão-se aos casados contra a prohibição della para evitar a perda dos bens, responde a Const. do Imp. Art. 179 § 20—*não haverá em caso algum confiscação de bens*—.

« No caso de não haver pacto expresso (Laffayette Dir. de Fam. Not. 6ª pag. 387 e 388), resulta a communhão do

Art. 112. Os bens emphyteuticos por aforamentos perpetuos, já possuidos por qualquer dos conjuges antes do casamento, ou depois adquiridos na constancia do matrimonio, communicão-se entre elles, para serem partilhados por estimação, em conformidade dos Arts. 1186 á 1190 (2).

Art. 113. Não se-communicão os bens emphyteuticos:

§ 1.° Quando, não obstante a perpetuidade, o aforamento tivér sido concedido antes do casamento á um dos conjuges,

---

pacto tacito presumido pela lei, ou simplesmente do decreto, da determinação da lei? O sentido, em que esta questão fôr resolvida, *inflúe na solução de pontos importantes*, attinentes ao assumpto. Tenho para mim, que a communhão, não havendo pacto expresso, resulta directamente da lei, *ex potestate legis*, e não da presumpção do pacto tacito, etc. Se a communhão, na falta de convenção, deriva do pacto tacito entre as partes, *como solvêr a questão* sendo os contrahentes menores ou interdictos, se não se-póde presumir pactos entre pessoas incapazes de contractar? »

Infláe na solução de pontos importantes: Não inflúe—*idem est quod idem valet*—A communhão tacita equiparada á expressa vê-se na Ord. L. 4° T. 46—*se-entendem sêrem feitos por carta de ametade*—. Liberrima equiparação, realisando em uma lei civil a tão admirada inspiração do *pacto social* de Rousseau! Juridica inspiração, traduzindo o—*naturalia*—dos actos, em relação ao—*essencialia* e *accidentalia*—, segundo os Escriptôres Allemães, (Macheldey § 168) segundo o Art. 563 do Esbôço do Cod. Civ.—*lex naturam imitatur*—.

Como solvêr a questão: Obviamente: 1° porque—*per legem potest fieri, quod per pactum*—; 2.° porque, se a lei pela representação necessaria das tutellas e curatellas suppre a incapacidade dos menores e interdictos, póde por si mesmo suppril-a; 3.° porque os menores não podem casar emquanto impuberes (Dir. de Fam. pag. 21), e quando puberes já tem alguma capacidade para contractar (Art. 1870 n. 2° do Esb. do Cod. Civ); 4.° porque *interdictos* são os *loucos*, e os *prodigos*; mas os *loucos* são incapazes de casar-se (Dir. de Fam. pag. 22), e os *prodigos* tem para isso capacidade.

(2) Ord. L. 4° T. 36 § 7°, e T. 96 §§ 23 e 24.

ou á algum de seus antepassados, para elle, e para seus filhos, e descendentes (3). (Arts. 1191 e 1192)

---

(3) Ord. L. 4° T. 96 § 24. Denominavão-se—*prasos familiares*—. Vid. Nots. ao Art. 609.

3.ª ED.

« Deixão de communicar-se (Laffayette-Dir. de Fam. pag. 116) os prazos perpetuos, tomados antes do casamento para filhos e descendentes (*prazos familiares puros*). Communicão-se porém os *prazos hereditarios simples e os mixtos*, havidos antes ou na constancia do casamento; bem como os *perpetuos familiares puros* (para filhos e descendentes) adquiridos na constancia do matrimonio.—Ord. cit. *Não se-communicão os prazos de vida comprados antes do casamento*—Ord. L. 4° T. 95 § 1°. »

Prazos familiares puros: Esta qualificação de *puros* oppõe-se á de *mixtos*, e na 5ª Not. ao Art. 609 *infra* só appliquei-a para subdivisão dos *prazos de nomeação restricta*. Como applical-a aos *prazos perpetuos*, se nestes não ha *mixtos*, visto que os perpetuos não familiares (unicos usados entre nós) communicão-se como bens livres (Consolid. Art. 112) só com differença na partilha?

Os prazos hereditarios simples e os mixtos: Se a qualificação de *mixtos* se-oppõe á de *puros*, não se-oppõe á de *simples*.

Esses chamados *prazos hereditarios simples, e os mixtos*, entrão nos bens emphyteuticos por *aforamentos perpetuos* do cit. Art. 112; são de uma classe do aforamento *perpetuo*, que o cit. Art. 609 subdividio em *hereditario* ou *familiar*. E' indifferente nesta mais alta subdivisão, que os bens passem á pessôas da familia, ou á estranhos, por successão *ab intestato* ou testamentaria, com salva da hypothese *in arena* do Art. 113 § 1.°

Bem como os perpetuos familiares puros: Devêra ter dito, segundo a minha classificação, *perpetuos familiares*, e melhor ainda *familiares* por estarem comprehendidos no seu genero *perpetuos* em antithese aos *hereditarios*. A. Ord. L. 4° T. 96 § 24 diz geralmente—*em perpetuo*—, e n'esta generalidade declara communicaveis taes bens, quando adquiridos na constancia do matrimonio.

§ 2.° Quando o aforamento fôr vitalicio (4)

Não se-communicão os prazos de vida comprados antes do casamento: Devêra têr dito—*adquiridos antes do casamento*, e de todo o modo o dizêr não fôra aceitavel por occasionar um erro *in contrario sensu*. Jamais se-communicão os prazos de vida, mesmo os comprados na constancia do casamento, como exactamente consolidei no Art. 113 § 2.°. Meu escudo é a Ord. L. 4.° T. 95 § 1°, que limita a posse do conjuge sobrevivo aos *bens communs*, que hão-de sêr partidos,—*e em outra maneira não*—; exceptuando em seguida os dois casos desta ultima hypothese, e mandando no segundo caso (compra na constancia do matrimonio) partir a *valia dos bens*, ou o preço de seu custo. Imputo á mim mesmo este erro pela má redacção do Art. 114, que agora corrijo em additamento á sua Nota.

(4) Ord. L. 4° T. 95 § 1.° Não temos *bens da Corôa*, e de *morgados*, que esta Ord. tambem exceptua da communhão conjugal.

3.ª ED.

« Deixão de communicar-se (Laffayette Dir. de Fam. pag. 116 e 117): O direito, em virtude do qual um dos conjuges percebe tença, pensão, mercê, ou *renda semelhante*: Os *bens gravados de fideicommisso*, e o direito do herdeiro fideicommissario antes de realisada a condição suspensiva: As *doações, herança, e legados, á que o doadôr ou testadôr impôz a condição da incommunicabilidade.* »

Renda semelhante: Entrão as rendas da Ord. L. 3° T. 47 princ., e da Consolid. Art. 13, *sim*, ou *não*? *Sim*, communicão-se, quaes as representadas por Apolices da Divida Publica. *Não*, deixão de communicar-se as vitalicias; porém Lobão Notas á Mell. L. 2° T. 8° § 10 n. 8 só falla das *doações régias* (Consolid. Not. ao Art. 417 § 2°) *tenças feitas pelo Rei, fructos de morgados* (de que fallei nesta Not. á cima), e de *prazos vitalicios* (exceptuados neste mesmo Art. 113 § 2°); porém Mell. Freir. L. 2° T. 8° § 13 Not. nada autorisa neste assumpto, nem tão pouco a Ord. L. 4° T. 65.

Bens gravados de fideicommisso: Não porque a herança gravada de fideicommisso seja inalienavel, mas sómente (herança, legado, ou doação) quando o constituinte do fideicommisso prohibio alienal-os.

Art. 114. Se os bens emphyteuticos incommunicaveis, no caso do § 2° do Art. antecedente, forem comprados na constancia do matrimonio, ou bemfeitorisados, haverá communicação entre os conjuges dos bens, ou preço da compra na primeira hypothese, e do valor das bemfeitorias na segunda hypothese (5). (Arts. 155 § 1°, e 156)

Art. 115. No regime da communhão legal não-se communicão entre os conjuges as dividas passivas anteriores ao casamento (6)

Direito do herdeiro fideicommissario antes de realisada a condição: Direito de qualquer fideicommissario (herdeiro, legatario, ou donatario), porque antes do fallecimento do fiduciario só tem—*expectatio*—, póde não sobrevivêr-lhe. Nisto não ha opiniões divergentes. As divergencias são interpretativas, porque a redacção dos testamentos e das escripturas confunde o fideicommisso com o usufructo. Neste o usufructuario tem dêsde logo—*jus acquisitum*—, direito fraccionario sob a vigilancia da núa-propriedade, direito exercivel quasi com a mesma extensão da fiducia.

Doações, heranças, legados, á que o doadôr ou testadôr impõe a condição da incommunicabilidade: Está prevenido dêsde a 2.ª Ed. no que disse á Not. do Art. 111 *supra*.

(5) Ord. L. 4° T. 36 § 2° *in fin.*, T. 95 § 1°, e T. 97 § 24.

3.ª ED.

No Art. 114, em vêz de—haverá communicação entre os conjuges dos bens, etc.—, lêia-se—haverá communicação entre os conjuges da valia dos bens, ou do preço da compra na primeira hypothese, ou do valor das bemfeitorias na segunda hypothese—.

(6) Ord. L. 4° T. 95 § 4.°

Resulta *a contrario sensu*, que no regime da communhão communicão-se entre os conjuges as dividas passivas posteriores ao casamento.

Communicão-se todas essas dividas? Está entendido, que só as contrahidas por ambos os conjuges, ou sómente pelo marido; e não as contrahidas sómente pela molhér, pois que

a molhér casada entra na classe das pessoas incapazes, e é representada pelo marido. Salvo, quando é pelo marido autorisada, ou reputa-se autorisada, como se é commerciante nos termos dos Arts. 1° n. 4°, e 28, do Cod. do Com., ou se já era commerciante ao tempo do casamento nos termos do Art. 29 do cit. Cod. A' tal respeito a Not. ao Art. 124 Consolid.

Communicão-se todas essas dividas contrahidas somente pelo marido sem outorga da molhèr? Ha duas excepções:

A 1ª vem á ser das dividas, cujo pagamento consiste na alienação de bens de raiz, e esta excepção resulta necessariamente da Ord. L. 4° T. 48 (Art. 119 Consolid). Não se-costuma contemplar esta excepção, porque a palavra *dividas* exprime de ordinario sómente *as dividas de dinheiro*. Ella não esqueceu á Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 12 § 120 n. 34, autorisando-se com Valasco, quando diz que o marido não póde —*prometter que alienará bens de raiz*—.

A 2ª é das dividas originadas de actos criminosos ou illicitos do marido, á menos que a molhér tenha participado da vantagem resultante desses actos; e esta excepção dimana da Ord. L. 4° T. 44 § 3° (Arts. 748, 749, e 750, Consolid.). visto como ha no casamento sob o regime de communhão absoluta uma sociedade universal.

A Ord. L. 5° T. 6° § 20 confirma esta excepção, a qual comprehende dividas contrahidas pelo marido por perdas ao jogo, ou para alimentar outros vicios—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 13 § 128 n. 21. Vid. L. 52 § 18 e L. 59 § 1° Dig. *pro socio*.

Nos casos destas duas excepções não é applicavel o disposto no Art. 116.

No caso da 1ª a divida não póde ser cobrada, ainda que tenha por objecto a entrega de immovel trazido pelo marido para o casal; mas as consequencias da nullidade recahem exclusivamente sobre o marido devedor, e então applica-se a solução do 2° caso, pois que o acto nullo é um acto illicito.

No caso da 2ª excepção, a divida só recahe sobre o marido, salva a meação da molhér.

—*Haverá a molhér toda a sua metade em salvo*: são as palavras da cit. Ord. L. 5° T. 6° § 20.

Procedem estas mesmas soluções á respeito da molhèr, se as dividas fôrem della por actos illicitos que praticasse, ou por actos nullos tendo dolosamente occultado sua incapacidade.

Art. 116. Essas dividas anteriores só podem sêr pagas, emquanto o matrimonio durar, pelos bens que trouxe para o casal o conjuge devedor, e pela sua meação nos adquiridos (7).

---

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 95 § 4.° Como será possivel conhecêr o que ha de adquiridos sem partilha de todo o casal? Os credores não podem requerêr essa partilha, e tal disposição portanto torna-se impraticavel. A praxe do Fôro assim o-confirma.

Este Art. faz uma excepção ás regras de Direito, que dominão a sociedade universal de bens presentes e futuros—*universorum bonorum*—. Em tal especie de sociedade, porisso mesmo que comprehende todos os bens presentes e futuros dos socios, fica ella obrigada por todas as dividas existentes ao tempo das entradas sociaes—Pothier Contr. de Socied. n. 37. Nosso Art. determina o contrario, e quer que as duvidas anteriores ao casamento não fiquem á cargo da sociedade conjugal.

—*Essas dividas anteriores*—: reputão-se taes todas as dividas, que derivarem de causa ou facto anterior ao casamento, ainda que só depois do casamento se-tornem effectivas. Todas as obrigações começão no dia da existencia dos factos, que as-produzem.

—*Emquanto o matrimonio durar*—: ha portanto omissão sobre o pagamento dessas dividas anteriores na hypothese da dissolução do matrimonio, pois que a Ord. L. 4° T. 95 § 4° só teve em vista o pagamento de taes dividas na constancia do matrimonio.

Poder-se-ha, á sombra da omissão da lei, concluir *à contrario sensu* que, dissolvido o matrimonio, as dividas anteriores ao casamento devem ser pagas pela meação do conjuge devedor? Absolutamente não, ou os bens que o conjuge devedor trouxe para o matrimonio e sua metade dos adqueridos não sejão sufficientes para o pagamento de suas dividas anteriores, ou sejão sufficientes.

Se não fôrem sufficientes, o conjuge não devedor seria prejudicado com a applicação de seus bens para pagamento de credores do outro. Se fôrem sufficientes, os credores serião prejudicados com a applicação dos bens sujeitos á seu pagamento para preenchêr a meação do conjuge não devedor. Logo: findo o matrimonio deve-se primeiro pagar a divida pelos bens adduzidos pelo conjuge devedor e pela sua metade

de adquiridos, e os que restarem communicão-se então aos do outro conjuge para fazêrem monte partivel—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 13 § 128 n. 12.

— *Pelos bens que trouxe para o casal o conjuge devedor* — : como a citada Ord., relativamente ás dividas anteriores ao casamento, reduz a sociedade universal dos conjuges *universorum bonorum* á uma sociedade universal de ganhos ou acquestos *universorum quæ ex quæstu veniunt*, visto que obriga ao pagamento de taes dividas metade dos adquiridos; deve-se entender por bens adduzidos para o casal pelo conjuge devedor, não só os que elle trouxe ao tempo da celebração do casameuto, senão tambem os que posteriormente adquirio por doação, herança, ou legado, ainda que sem clausula prohibitiva de communicação. Estes ultimos bens não entrão na classe dos *adquiridos*.

— *E pela sua meação nos adquiridos* — : entrão nesta classe, 1°, os fructos, rendimentos, e accessões, dos bens adduzidos para o casal pelos conjuges (e portanto as crias ou filhos de escravas); 2°, os adquiridos por seu emprego, trabalho, ou industria; 3°, os adquiridos por doação, ou deixa, á ambos conjunctanente; 4°, os adquiridos por compra, ou outro titulo oneroso, ainda que só em nome de um dos conjuges; 5°, os adquiridos por factos fortuitos, como loterias, jogo, apostas. Por outra, entrão nesta classe todos os bens que se achão no casal, depois de tirados os adduzidos por cada um dos conjuges (Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 14 § 135 n. 4°); por occasião do casamento, ou depois delle por herança, doação, ou legado, como acima explicou-se.

Cumpre notar, que Borg. Carn. *loc. cit.*, fixando a noção *dos adquiridos*, tambem falla da *deducção das dividas*. Ora, allude isto ao regime de separação de bens entre os conjuges, e ás dividas contrahidas na constancia deste regime. Será isto applicavel á hypothese da Ord. L. 4° T. 95 § 4°, quando falla da *meação nos adquiridos?* São *adquiridos* nesta hypothese os bens achados no casal depois de deduzidos os que trouxe cada um dos conjuges sem attenção ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, ou esses bens já escoimados de taes dividas? Por outra, o pagamento das dividas contrahidas na constancia do matrimonio prefere ao das dividas anteriores? Como decidir os conflictos entre os credores destas duas categorias, não só em relação aos *adquiridos*, como em relação aos bens que trouxe para o casal cada um

dos conjuges? Não darei a solução destes conflictos, limitando-me á indica-los para convencêr quão difficultosa é, e mesmo impraticavel, a singular especie creada pela citada Ord., legislação pessima, que afastou-se dos principios.

Não pareceu assim ao Sr. Rebouças na Observ. que faz á este Art. na parte relativa á separação dos adquiridos na constancia do matrimonio, affirmando que tal separação é muito praticavel, e que os credores têm direito de requerêr a partilha do casal! Respondo, por amor da brevidade com as palavras abaixo transcriptas de Coelh. da Roch. Dir. Civ. Not. ao § 246:

« A outra parte da Ord., que permitte aos credôres executar a metade dos adquiridos do devedôr, não tem podido sê entendida pelos Praxistas; porque os adquiridos não se-podem fixar sem a separação das entradas, e partilha de todo o casal, —*o que os credôres nunca podem requerer.* »

Posto que os credores por dividas anteriores ao casamento possão pagar-se, dissolvido o matrimonio por fallecimento do conjuge devedor, pelos bens que elle trouxe para o casal; a acção deve sêr proposta contra seus herdeiros, e o conjuge sobrevivente não devedor.

3.ª ED.

Duvida occorrendo (Rebouças Observ. pag. 45) sobre innovação da lei em caso não ainda estabelecido por inveterado uso, a suggestão do julgador não basta, haja interpretação authentica. Ao Autor da Consolid. foi preferivel o *magister dixit* de Coelho da Rocha ao aprêço das minhas observações. »

A. L. 11 Cod. *de legib.*, cuja versão fazemos em referencia ás LL. 10 e 11 Dig. *eod. tit.*, bem vê-se, que prefere os inveterados usos ás innovações da lei; e os usos do Fôro Portuguêz, e do nosso, não dão noticia de partilhas em vida dos conjuges por motivos de dividas anteriores ao matrimonio, nem á requerimento delles, nem á requerimento dos respectivos credores. Prefere porém a innovação da lei aos usos não inveterados, com necessidade de interpretação authentica. Onde essa interpretação authentica para o nosso caso em duvida?

Não rebellei-me contra a omnipotencia da Ord. L. 4° T. 95 § 4°, não reputei-a letra morta; apenas, com o pensar uniforme de Coelho da Rocha, achei-a impraticavel, não

Art. 117. Para dar-se a communhão legal é necessario, que haja entre os conjuges copula carnal depois da celebração solemne do matrimonio (8).

---

entendivel. Se na sua longa pratica tem procedido, ou visto procedêr, o meu Censôr como indica, ao arbitrio dos credores nas execuções das sentenças; continúe tal expediente, e decidão os Juizes como entendão melhor.

Com esta dissidencia accordou-se o Livro dos Dir. de Fam. pag. 389, mas aqui permitta-me oppôr-lhe o que sem razão me-oppuzera na sua bem escripta Introducção pag. 8 para condemnar a divisão dos direitos em *pessoaes* e *reaes*:—DESLOCA-SE, NÃO SE-RESOLVE, A DIFFICULDADE—.

Em seguida o mesmo Livro dos Dir. de Fam. *loc. cit.*, para rejeitar minha opinião e de Borg. Carn. sobre o modo do pagamento dessas dividas anteriores *soluto matrimonio* em partilha, produz um exemplo arithmetico, pelo qual mostra o prejuizo do conjuge não devedor em metade dos adquiridos. Se tal exemplo prova, em demasia prova á ponto de reprovar a solução legal do caso na constancia do matrimonio, solução terminante da Ord. L. 4º T. 95 § 4.º Eu o-produzo, tal qual, na constancia do matrimonio; e sobrevindo logo a morte do conjuge devedor, ou morrendo depois sem augmento de fortuna, e peiór ainda com decrescimento della; vejo prejudicado em metade dos adquiridos, senão em mais, o conjuge não devedor. A sociedade conjugal não é *sociedade de negocio*, sua communhão universal (cit. Livro pag. 109) reproduz no mundo material a identificação da vida dos conjuges. Se prevalecem aqui exemplos arithmeticos, se querêis equilibrio de fortunas pecuniarias, vedai então os casamentos entre ricos e pobres; dai remedio ao casal rico pela entrada pingue da molhér, e depois reduzido á miseria. Isto no aspecto das *pessoas*, que no das *cousas* e *direitos* a primeira operação em concursos creditorios é a *separação de patrimonios*, seguindo-se a do—*deducto œre alieno*—.

(8) Ord. L. 4º T. 46 § 1º, T. 94, e T. 95 princ. Compare-se com a disposição do Art. 119. É necessario o matrimonio *consummado* para communicação dos bens, entretanto que basta o matrimonio *iniciado* para o marido não podêr alienar bens de raiz. Não bastará a copula anteriôr? Esta questão é muito interessante para regular os effeitos dos casamentos *in extremis*, e argumenta-se por analogia com a

Art. 118. Resulta a communhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio, se os conjuges vivêrão ambos na mesma casa, em publica vóz e fama de casados, por tempo sufficiente para presumpção do matrimonio (9).

---

legitimação da prole por subsequente matrimonio nos termos da Ord. L. 2º T. 35 § 12.

3.ª ED.

« A legislação citada (Rebouças Observ. pag. 47) somente quer que haja *copula carnal*, sem distincção de tempo anterior ou posterior á celebração do casamento, etc. »

Basta lêr as trêz Ords. citadas., L. 4º T. 46 § 1º, T. 94, e T. 95 princ.; principalmente a ultima, cujas palavras *ad unguem* não sei porque não transcreveu-se para completar a transcripção. Eil-as terminantissimas:—*e pois que tanto que o casamento é consummado por copula*, é a molhér feita meeira em todos os bens, que hão ambos—. Segue-se irrecusavelmente não sêr meeira a molhér antes de consummado o *casamento* por copula. *Casamento* não é coito antes delle, para sêr um coito antes do outro. *Casamento iniciado* não é *casamento consummado*:—*Lex, quandiu dura, servanda est, et casus legis attenditur*—.

Analogia com a legitimação dos filhos por subsequente matrimonio, ou absurdo por argumento *magis ad minus*, é difficil achar. *Pessoas* não são *cousas*. A prole vem do coito carnal para o mundo, e o proprio vem do mundo para o coito carnal. A prole é parte de nós mesmos, o proprio está fóra.

O Cod. Philipp. de Alm. ás citadas Ords. reconhece a indubitavel intelligencia dellas, em accôrdo com o Direito Canonico, sobre a necessidade da copula depois do casamento.

« A Lei (Laffayette Dir. de Fam. pag. 112), requer claramente a conjuncção posterior ao casamento. »

(9) Ord. L. 4º T. 46 § 2.º Já disse, que depois da aceitação do Concilio Tridentino não podem havêr esses *matrimonios presumidos*. Deu-se effeitos civis á ajuntamentos reprovados, á casamentos de *feito*, e não de *direito*, na phrase da Ord. L. 5º T. 26. Desta Ord. infere-se, que o matrimonio *putativo* produz os mesmos effeitos do matrimonio válido. Veja-se a ultima Not. ao Art. 100.

3.ª ED.

Revi com a luz de mais dilatados estudos a redacção deste Art. 118, e sou obrigado pela letra da sua justificante Ord. L. 4º T. 46 § 2º á mudal-a para esta outra.

« Art. 118. Resulta a communhão, posto que se não provem as palavras de presente da celebração do matrimonio, se os conjuges estiverão em casa *teúda e manteúda*, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica vóz e fama de marido e molhér, por tempo sufficiente segundo Direito para se-presumir matrimonio entre elles. »

A expressão antiquada—*teúda e manteúda*—(Cod. Filipp. de Alm. á esta Ord. pag. 834) reproduzio nosso Cod. Crim. no Art. 251; e assim observei ao Art. 100, cuja redacção, com a do Art. 149, corresponde á deste substitutivo Art. 118.

Rejeito os estudos de Alex. Hercul. sobre essa Ord. L. 4º T. 46 § 2º como tendentes á justificar em Portugal a introducção do chamado *casamento civil*. Ella não prescindio do *elemento religioso* no casamento, ella o-presumio; e a presumpção *juris et de jure* não admitte prova em contrario,—*habetur pro veritate,—æquiparatur scripturæ*—.

A prova testemunhal da cohabitação e fama de casados não attribúo hoje á inadvertencia dos Compiladôres das Ords. Filippinas, como aliás disse na Not. ao correspondente Art. 100. Assim legislarão intencionalmente, não inventarão outra especie de casamento, não tinhão obstaculo na admissão do Concilio Tridentino, antes guardarão o intimo conceito do sacramento do matrimonio. *Quid novum?* Para tudo os dois processos do espirito humano. Ou do sacramento, pela prova escripta de sua fórma actual nos assentos de casamento, deduzimos a legitimidade do coito carnal dos casados; ou por esse coito, testemunhalmente provado sob os exigidos requisitos, induzimos a precedencia do sacramento. Nos dois casos, para seus peculiares effeitos legaes; no primeiro, para o da uxoria outorga nos termos do Art. 119; no segundo, para o da communhão legal dos bens nos termos dos Arts. 117 e 118.

No primeiro caso, o effeito é *pessoal*, sem influencia do coito, sem influencia mesmo do coito precedente para legitimação da prole; no segundo caso, o effeito é *real*, cahe sobre *cousas*. Vejo pois admiravel coherencia nos Compiladores das Ords. Filippinas.

Art. 119. Desde a celebração do matrimonio, posto que não consummado por copula carnal (10), o marido não póde alienar bens de raiz, allodiaes ou emphyteuticos, e direitos,

Mas não vejo coherencia, e só contradicção, no Livro dos Dir. de Fam.; em uma de suas Notas finaes pags. 375, 376, e 377, elogiando e querendo o *casamento civil*, censurando o Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861, por não têr omittido o elemento religioso; e no § 57 pag. 112, elogiando o estudo *vasto e profundo* de Alex. Hercul. sobre a Ord. L. 4º, T. 46 § 2º, e reputando-a revogada pela nossa Lei de 3 de Novembro de 1827!

Essa Lei de 3 de Novembro de 1827 nada revogou, confirmou simplesmente as disposições do Concilio Tridentino, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, que no Brazil sempre vigorarão. Se bom é o *casamento civil*, bôa tambem é a Ord. L. 4º T. 46 § 2º, em que para tal casamento Alex. Hercul. achou fonte historica. Se essa Ord. apôia o *casamento civil*, cumpria aproveital-a á bem da introducção de tal casamento entre nós, cumpria não consideral-a revogada por Lei de 1827.

E recresce a contradicção: 1.º porque na sua Introducção pag. 9ª, o Livro dos Dir. de Fam. reprovou a decisão dos direitos *reaes e pessoaes* pela disparatada reunião dos direitos de familia com as obrigações, sem contental-o a differença especifica: 2.º porque no § 9º consigna estas proposições:

« Não ha seita religiosa, que não considere o casamento um facto de sua competencia. »

« E' inquestionavel o direito que á cada religião pertence de regular a intervenção do elemento divino no casamento. »

(10) Ord. L. 4.º T. 48 § 9º.

3.ª ED.

Para autorisar o texto quanto á dispensa da consummação do matrimonio por copula carnal, citei o § 9º da Ord. L. 4º T. 48. Para autorisal-o quanto á necessidade da expressa outorga da molhér, citei essa mesma Ord. princ. e § 8º. Passou ao Sr. Rebouças (Observ. pag. 49) o citado § 9º.

Quer uma lei de excepção neste caso especial? Ahi a-tem: —E tudo que dito é haverá logar, etc., *antes do matrimonio sêr entre elles por copula carnal consummado*, como nas que depois de sêr comsumado fôrem feitas.

que á bens de raiz se-equiparão, sem expresso consentimento da molhér (11). (Art. 582 § 2.º)

---

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 48 princ., e § 8.º Não temos lei sobre o direito do marido para alienar bens moveis independentemente do consentimento da molhér. Deprehende-se desta Ord., que só exigio o consentimento para alienação dos bens de raiz; e tambem da Ord. L. 4º T. 64, que restringio unicamente a alienação de moveis pelo meio da doação. Isto quanto ao regime da communhão: quanto ao regime dotal, Art. 122 e suas Notas.

Cessa a prohibição ao marido de alienar bens de raiz sem outorga da molhér desde a partilha dos bens do casal entre elles por effeito de sentença de divorcio no Juizo Ecclesiastico. Assim separados os bens do casal, a molhér póde livremente contractar sobre os que recebeu em sua meação, e portanto aliena-los, ainda que sejão de raiz.

Não se-devem reputar bens de raiz bemfeitorias, que o marido tenha feito em terrenos, ou em outros, immoveis, que não sejão do dominio pleno ou semipleno do casal, e de que era ou é arrendatario ou concessionario gratuito. Vid. Nots. aos Arts. 47, 593 § 1º, e 651.

Como a nullidade destas alienações sem outorga da molhér é *relativa*, segue-se que ella ou seus herdeiros podem *confirmar* a alienação annullavel, e que só ella ou seus herdeiros podem annulla-la. Antes de a-terem annullado, terceiros não podem allegar a nullidade. É o que resulta do § 3º da Ord. L. 4º T. 48 (Consolid. Art. 127). A *confirmação* nestes casos deve ser *expressa* em vista da mesma Ord. pr. (Consolid. Art. 121).

Procede a disposição do têxto (houve esta omissão na redacção delle), ou o regime do casamento seja de communhão de bens, ou seja de separação de bens com regime dotal ou sem elle. Note-se porém, que, sendo de separação de bens, a prohibição de alienar os de raiz sem consentimento da molhér só aproveita no caso de ter sido estimado *causa venditionis* o dote consistente em bens de raiz. Fóra deste caso a alienação, que o marido fizér, é inefficaz, não por falta de outorga da molhér, mas porque os immoveis são do dominio exclusivo da molhér.

Embarcações póde o marido alienar sem consentimento da molhér, porque não são bens de raiz, e por taes só se-reputão para o effeito designado no Art. 49. *supra*.

Equiparão-se á bens de raiz Apolices da Divida Publica, como se-disse na Not. ao Art 43 *supra*; e assim não póde o marido aliena-las sem consentimento da molhér.

Bens de raiz, ou direitos que á elles se-equiparão, pertencentes á alguma sociedade, de que o marido seja socio, não dependem do consentimento de sua molhér para serem alienados. A razão é, que a sociedade constitue uma pessoa distincta dos socios que a compõem, como tem reconhecido em uma das applicações desta regra o Art. 292 do Cod. do Com.

3.ª ED.

« Bemfeitorias do marido arrendatario ou gratuito cessionario (Rebouças Observ. pag. 49) nos immoveis arrendados comprehendem-se na exigencia da outorga uxoria, tanto que são sujeitas ao impôsto da siza. »

Para cohibir esta obrigação remetti ás Nots. dos Arts. 47, 593 n. 1º, e 651, onde destaca-se o impossivel de bemfeitorias no ar; e actualmente nem esse absurdo da legislação fiscal póde sêr allegado, porque a siza foi abarcada pelo imposto de transmissão de propriedade. O Regul. nº. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 21 diz: —E' devido o imposto da cessão ou venda de *bemfeitorias em terrenos arrendados*, ou actos equivalentes: § Unico — Exceptua-se a indemnisação de bemfeitorias pelo proprietario ao locatario (Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869). A *siza* era um imposto da transmissão de propriedade immovel, e o imposto actual é de transmissão de propriedade; immovel, movel, e semovente.

Se a outorga uxoria é necessaria para alienação de immoveis pertencentes á sociedade, de que o marido seja socio; pela negativa Laffayette Dir. de Fam. pag. 72, e Orlando Cod. Com. Not. 382; dubitativamente Rebouças Observ. pag. 49, porque o Cod. do Com. não resolveu a questão, e porque pelo seu Art. 350 os bens particulares dos socios são sujeitos á execução pelas obrigações sociaes em seguimento á dos bens sociaes.

Dissipe-se tal duvida: 1.º por advertencia da L. 10 Dig. *de legib.—neque leges ita scribi possunt, ut omnes casus comprehendantur—*: 2.º porque a sociedade faz só *uma pesssôa*, sem obrigação para com os credores do casal ou do marido: 3.º porque o marido socio faz as vezes de *duas pessôas*, uma de socio em obrigação para com os credôres sociaes; outra

Art. 120. Não póde tambem o marido sem o dito consentimento fazêr aforamentos (12), nem hypothecar bens de raiz,

---

individual em obrigação para com estes mesmos, além da obrigação por suas dividas particulares.

Note-se, que o Sr. Rebouças distingue entre immoveis adquiridos pela sociedade na constancia della, e immoveis da entrada social do marido; julgando, quanto á estes ultimos, indubitavelmente necessaria a outorga uxoria. Esta distincção consta da Not. *infra* ao Art. 596 § 6º, mas escripto alli vê-se passarem do dominio particular do socio para o da pessôa da sociedade os immoveis das entradas sociaes. Logo, não procede a distincção entre immoveis de taes entradas e os adquiridos pela sociedade na constancia della. Uns e outros são *pares in pares* do dominio da sociedade.

Varie pois a questão para esta outra: Para entrar com immoveis em sociedades o marido carece da outorga de sua molhér? Sim, é minha solução de evidencia, não obstante o Art. 4º n. 6º do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e Art. 23 n. 6º do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, que isentarão do imposto de transmissão os *contractos de sociedade*, isenção virtualmente negativa da passagem dos bens das entradas sociaes para o dominio da sociedade.

Procede ainda assim minha solução affirmativa. A consideração peculiar desses Reguls., em fuga ás normas juridicas do assumpto, foi a protecção dos contribuintes, foi não obrigal-os em pouco tempo á pagar duas vezes imposto pela transmissão dos mesmos bens, uma na constituição da sociedade, outra na dissolução della, se os bens da entrada tornão para o dominio do socio que a-fêz. Resguardar o mundano futuro da molhér foi só a mente da Ord. L. 4º T. 48, futuro tão arriscado pela alienação dos bens estaveis do casal, como (se não mais ainda) pela collocação de taes bens em sociaes emprêzas.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 48 § 8.º Aforar é transferir o dominio util, e como produzião o mesmo effeito os arrendamentos de dez e mais annos, a Ord. os-comtempla. O Alv. de 3 de Novembro de 1757 desvaneceu esta equipollencia.

« Não é sómente quanto aos bens (Rebouças Observ. á este Art.) *em que a molhér fôr meeira.* »

Procede esta censura, que já fica sanada na Not. ao Art. antecedente; mas com a distincção dessa Not, quanto ao dote

em que a molhér fôr meeira (13), salva a excepção do Art. 134. (Art. 1281)

Art. 121. O consentimento, ou a procuração, da molhér, deve-se provar por escriptura publica, pena de nullidade da alienação dos bens. e não é sufficiente a outôrga tacita (14).

---

consistente em bens de raiz estimado *causa venditionis*. Um dote desta natureza vem á sêr o mesmo que um dote consistente em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis, cujo dominio passa para o marido, ficando elle devedor do seu prêço. É a hypothese do § 40 da Lei de 20 de Junho de 1774.

3.ª ED.

Aforar é transferir o dominio util, e tanto assim que o Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3º n. 7º, e o de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 7º, sujeitarão a constituição da emphyteuse e subemphyteuse ao imposto de transmissão. Este argumento procede, quando a legislação fiscal vai de accôrdo com o Direito Civil; não assim quando resvala, como no caso de transmissão de bemfeitorias em terrenos arrendados, conforme notou-se ao Art. 119 Not. 11.

(13) Cod. do Com. Art. 267. A hypotheca é principio de alienação. Esta disposição foi enxertada no Cod. do Com. para supprir a lacuna da legislação civil, se bem que na praxe nunca houve duvida á tal respeito. Só póde hypothecar, quem póde alhear—Lei 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2º § 4º.

(14) Ord. L. 4º T. 48 princ. Basta a procuração—*fóra de Notas*—, que é o que está em uso. Vid. Not. ao Art. 456.

3.ª ED.

Expressum ubi requiritur, non sufficit tacitum, neque præsumptum.

Não ha mais procurações *fóra de Notas*—Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 Art. 98, Av. n. 374 de 16 de Outubro do mesmo anno.

« O consentimento (Laffayette Dir. de Fam. pag. 71) deve ser por escriptura, ou *particular*, segundo a especie de instrumento, que o acto exigir. »

Art. 122. Os bens dotaes são inalienaveis; não podem sêr hypothecados pelo marido, ainda que a molhér consinta (15);

Engano! Confunde o instrumento da outorga com os de transmissão de immoveis, e os de constituição e transmissão de direitos reaes sobre immoveis. Não ha lei, que estatùa correlação entre estes ultimos instrumentos, e os das procurações que nelles intervem. A forma das procurações tem suas regras peculiares, como vê-se nos Arts. *infra* 456 á 460.

« O consentimento dado posteriormente (Laffayette Dir. de Fam. pag. 71) revalida o acto. »

É verdade, mas por consequencia da regra—*renunciare juri, vel favori suo, quilibet potest*—, e não porque tal disponha-se na Ord. L. 4° T. 48 § 3°. As palavras dessa Ord.—porque nelles está approvar o contracto se quizerem—referem-se aos herdeiros da molhér; não poder-se-hião referir á molhér, á quem só por si não fôra permittido fazer ratificações expressas. Por acquiescencia dá-se uma ratificação tacita, mas só consolidavel pelo lapso do tempo da prescripção.

(15) Cod. do Com. Art. 268. Pela Ord. L. 4° T. 48 princ. era ponto duvidoso, e deduzindo-se *a contrario sensu* a possibilidade da alienação do immovel dotal com consentimento da molhêr, a hypotheca vinha á ser possivel.

Os bens dotaes são inalienaveis: entenda-se *immoveis dotaes*, quando não se-dão estimados ao marido *causa venditionis*, como resulta do Art. 123. Entenda-se tambem, que são inalienaveis só no *regime dotal*, não no regime de simples separação de bens. Neste ultimo regime os immoveis dotaes podem ser alienados pela molhér com outorga do marido.

Deve-se entendêr estipulado o regime dotal, quando nas escripturas se-dissér que os bens da molhér serão considerados como dotaes, ou ficarão gozando dos privilegios dos bens dotaes, ou que não poderão sêr alienados.

A inalienabilidade dos bens dotaes cessa com a dissolução do casamento; quer por fallecimento do marido, quer por fallecimento da molhér dotada, quer por sentença irrevogavel que tenha annullado o casamento. Não cessa porém por separação dos conjuges e dos bens em virtude de sentença de divorcio, pois que os conjuges podem reconciliar-se.

Não podem ser hypothecados pelo marido, ainda que a molhér consinta: á menos que a molhér seja commerciante, como vai salvo na generalidade do Art. 124. Sendo commerciante,

e sua subrogação por outros bens só póde têr logar sob concessão dos Juizes da primeira instancia, precedendo as informações necessarias (16). (Arts. 586 § 4°, e 1282)

---

póde hypothecar os immoveis dotaes, mesmo sem consentimento do marido.

Como cessa o privilegio dos bens dotaes nos casos acima designados, revalida-se a alienação, ou hypotheca, que delles se-tenha feito anteriormente? A solução negativa é evidente, posto que se possa argumentar em contrario com o Art. 2° § 6 da novissima Lei hypothecaria, que declara revalidada a hypotheca pelo dominio superveniente.

A consummação do matrimonio por copula carnal é necessaria para a molhér havêr o dote constituido pelo marido na escriptura antenupcial, *ad instar* do disposto no Art. 117 quando o regime de casamento é de communhão? A razão é a mesma.

Quid, dizendo-se expressamente na escriptura da constituição do dote, que suas estipulações produzirão effeito, logo que o casamento se-verificar? A vontade das partes deve sêr cumprida, ainda que o marido declare em testamento que não chegou á ter copula carnal.

No regime de separação dos bens, seja ou não regime dotal, não valem as dividas contrahidas só pela molhér em instrumentos por ella assignados sem autorisação ou assistencia do marido.

Póde-se cobrar dividas contrahidas pelo marido na constancia do casamento pelos rendimentos dos bens dotaes? Sim, porque taes rendimentos communicão-se por serem *adquiridos*.

Quid, quanto ás dividas do marido anteriormente ao casamento? Vid. Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 2° n. 167.

Dizendo a novissima Lei hypothecaria no Art. 2° § 4°, que não podem ser hypothecados os immoveis, que não podem ser alienados; segue-se, que os immoveis dotaes não podem ser hypothecados, porisso que são inalienaveis.

(16) Regim. do Desemb. do Paço § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1.° As licenças para essas subrogações pagão o imposto do § 44 da Tabella de 1841.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Arts. 1° e 3° n. 10 —O imposto de licença para *subrogação de bens inalienaveis* fica

Art. 123. Se o dote consistir em bens, que se-derem estimados ao marido, a molhér terá direito de credôra privilegiada (17). (Art. 1270 § 8.°)

---

substituido pelo de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19):

Regul. cit. n. 4355 Art. 6° n. 3°—Para o pagamento do imposto de transmissão, nas *subrogações*, o valôr dos bens transmittidos será o preço dos contractos:

Regul. cit. n. 4355 Tab. Annexa n. 10—Distingue, para o pagamento do imposto, os varios casos de *subrogação de bens inalienaveis*.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 9, Art. 24 n. 3°, Tab. An. n. 9—Repete as mesmas disposições do precedente.

(17) Lei de 20 de Junho de 1774 § 40. Em tal caso os bens dotaes são alienaveis, e se-suppoem vendidos ao marido sendo a molhér credora do preço. A hypothese do Art. 874 § 6° do Cod. do Comm., que gradúa a molhér como credora de dominio, verifica-se quando o dote é *inestimado*. Então ella até póde-se oppôr ás penhoras com embargos de terceiro.

Se o dote consistir em bens, que se dêrem estimados ao marido: a citada Lei no § 40 só falla no dote, que consiste *em fazendas*; e esta expressão parece comprehendêr só bens moveis, com exclusão do dinheiro. Ampliei, porque a razão é a mesma, quando o dote consiste em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis (Lob. Execuç. § 592); e tambem quando consiste em immoveis, que se-dão *estimados*, isto é, com indicação de seu preço.

Como a *estimação* póde, ou não, importar venda, o que depende das declarações das escripturas, ou de sua interpretação segundo as circumstancias; está claro, que o § 40 da citada Lei só procede, quando a estimação importa venda.

É sensivel a imperfeição do Cod. do Comm., relativamente aos direitos das molhéres dos commerciantes, quando trata da classificação dos creditos no Juizo da fallencia.

1.° Só prevenio no Art. 874 § 6° esses direitos, quando a molhér tem credito de dominio, sendo ommisso sobre os casos em que não póde reivindicar os bens dotaes, ou por têr o dote consistido em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis; ou por têr consistido em cousas não fungiveis, que o marido

---

recebeu com estimação, que importa venda. No Art. 878 não faz menção da hypotheca tacita geral, que o § 40 da Lei de 20 de Junho de 1774 concede á molhér casada. O Art. 621 do Regul. n. 737 teve em vista acodir á esta lacuna, mandando que no § 9° Art. 877 do Cod. se-contemplasse o *dote estimado*. Esta providencia não é sufficiente, não só porque procede unicamente no concurso particular de credores, e não no concurso da fallencia; como porque a hypotheca, que o § 40 da Lei de 1774 attribue á molhér casada para salvar seu dote estimado, é hypotheca tacita geral, não é hypotheca tacita especial; e portanto pertence á classe do Art. 878 do Cod., e não á do Art. 877.

2.° No Art. 874 § 6° só prevenio o credito de dominio dos bens dotaes da molhér que casa com commerciante, omittindo os da molhér cujo marido commerciante não o-era ao tempo do casamento. A prova está, em que submette esse credito de dominio ao registro da escriptura dotal nos quinze dias subsequentes á celebração do matrimonio. A mesma consura é applicavel quanto aos bens paraphernaes.

Além disto, é uma iniquidade privar do dominio de seus bens a molhér, que casa com commerciante, pelo facto de não ter sido registrada a escriptura dotal nos quinze dias subsequentes ao matrimonio; o que procede quanto aos bens, que ella adquire depois do casamento, se os titulos adquisitivos não são registrados nos quinze dias subsequentes ao do recebimento.

Qual o motivo, por que esse Art. 874 § 6° do Cod. limitou o credito de dominio pelos bens paraphernaes só aos possuidos pela molhér antes do consorcio? D'ahi resulta grave injustiça, porque a molhér póde estipular na escriptura antenupcial, que sejão paraphernaes os bens, que ella adquirir na constancia do casamento por doação, herança, ou legado. Não se-diga, que isto acha-se providenciado por fallar-se de taes bens assim posteriormente adquiridos. Falla-se delles em relação ao regime de communhão de bens, e não ao de separação de bens, como resulta das palavras—*com a clausula de não entrarem na communhão*—. Quando o regime é de separação de bens, ainda que tal clausula não exista, são incommunicaveis os bens adquiridos pela molhér na constancia do consorcio por doação, herança, ou legado.

« Compete hypotheca legal (Art. 3° § 1° da novissima Lei hypothecaria) á molher casada pelo seu dote, pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão, pelos bens prove-

Art. 124. Á respeito da molhér casada commerciante seguir-se-ha o disposto no Codigo do Commercio (18).

---

nientes de herança, legado, ou doação, que lhe-aconteção na constancia do matrimonio, se estes bens fôrem deixados com a clausula de não sêrem communicados. Os dotes (Art. 3° § 9° da cit. Lei), ou contractos antenupciaes, não valem contra terceiro sem escriptura publica, sem expressa exclusão da communhão, sem estimação, e sem insinuação nos casos, em que a lei a-exige. As hypothecas legaes das molheres casadas (Art. 3° § 11 da cit. Lei) são geraes, comprehensivas dos immoveis presentes, e futuros, salvo se fôrem especialisadas, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção (Art. 9° § 9° da cit. Lei) da hypotheca legal da molhér deve ser requerida pelo marido, e pelo pai. Póde sêr requerida (Art. 9° § 10 da cit. Lei), não só pela molhér, e pelo doador, como por qualquer parente della. Incumbe (Art. 9° § 11 da cit. Lei) ao Tabellião, ao testamenteiro, ao Juiz da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição. »

A inscripção da hypotheca da molhér casada (Art. 9° §§ 2° e 3° da cit. Lei) subsiste por todo o tempo do casamento. Cessa um anno depois da dissolução do casamento, ou separação dos conjuges, salvo havendo questões pendentes.

Pela omissão da inscripção (Art. 9° § 22 da cit. Lei) o marido fica sujeito ás penas de estellionato, verificada a fraude.

3.ª ED.

Vid. Laffayette Dir. de Fam. pag. 397. Em verdade o § 9° Art. 3.° da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 presta-se á inadmissivel intelligencia de não podêr a molhér demandar a reivindicação dos immoveis do seu *dote inestimado*- Vid. Not. ao Art. 1270 § 8° *infra*.

(18) Cod. do Comm. Art. 27.

Tambem é sensivel a imperfeição deste Art. 27 do Cod. Comm. Sua primeira hypothese suppõe, que a molhér já era commerciante ao tempo do casamento, e porisso lhe-dá o direito de obrigar, hypothecar, e alienar, os *bens proprios* do marido, se os respectivos titulos não houverem sido lançados no registro do commercio nos quinze dias subsequentes ao casamento. Falta a outra hypothese sobre têr o marido *bens*

Art. 125. Póde a molhér demandar em Juizo a reivindicação dos immoveis do casal, que fôrão alienados sem o seu expresso consentimento (19).

---

proprios, dando á molhér autorisação para commerciar. Qual o motivo, na hypothese que previo, de distinguir os *bens proprios* do marido adquiridos antes do casamento? Não póde o marido adquirir *bens proprios* depois do casamento, ou o regime seja de separação, ou mesmo de communhão, quando lhe-são doados ou deixados com a clausula de não se-communicarem com a molhér?

Mais notavel é, que á respeito dos *immoveis communs* esse Art. 27 do Cod. exigisse autorisação especial do marido para sua molhér commerciante podêr obriga-los, hypotheca-los, ou alhea-los; entretanto que o mesmo não exige quanto aos bens proprios do marido, adquiridos antes do casamento! Como se-póde justificar, que a molhér commerciante carêça de autorisação do marido para alienar bens, que lhe pertencem em commum, e de tal autorisação não carêça para alienar bens da propriedade exclusiva do marido?

O que resulta com evidencia desse Art. 27 do Cod. do Comm. é, que, sendo meeiros os conjuges, e não se-tratando de bens de raiz, a molhér commerciante obriga ao pagamento de suas dividas todos os bens moveis do casal.

Quid, se houvér concurso entre creditos contrahidos pelo marido e os contrahidos por sua molhér commerciante? Não póde havêr separação de massas, os credores estão em igual pé; porque da sujeição dos bens do casal ao pagamento das dividas contrahidas pela molhér commerciante resulta necessariamente a obrigação do marido por essas dividas, e então no marido e na molhér ha um só devedor commum. Quem se-obriga, obriga o seu. Quem fica com seus bens obrigados, sem havêr hypotheca, é pessoalmente obrigado.

« Ficão em vigor (Art. 2° § 5° da novissima Lei hypothecaria) as disposições dos Arts. 27 e seguintes do Cod. do Comm. sobre a capacidade das molheres casadas commerciantes para hypothecarem immoveis. »

3.ª ED.

Vide Lafayette Dir. de Fam. pags. 380, 381, e 382, convindo em minhas censuras ao Cod. do Com.

(19) Ord. L. 4° T. 48 § 2.°

Art. 126. Será para tal fim autorisada pelo marido. Não annuindo este, os Juizes da primeira instancia devem supprir o consentimento com audiencia do mesmo marido; conhecida a conveniencia do pleito, e a discrição da impetrante (20).

Art. 127. O proprio marido, ou seus herdeiros, podem intentar a dita reivindicação; comtanto que o-fação autorisados pela molhér, ou pelos herdeiros desta (21).

Art. 128. Os bens moveis do casal não podem ser alienados pelo marido executado por credores, quando a alienação dér causa á que os immoveis séjão penhorados em prejuizo da molhér (22).

---

(20) Ord. L. 3° T. 47 § 5° *in fin. e*, L. 4° T. 48 § 2°, e Lei e 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1.° Os Alvarás de supprimento dessas licenças á molhér casada págão somente sello fixo—Decis. n. 200 de 19 de Julho de 1851.

3.ª ED.

Taes Alvarás de supprimento de licença continuão a pagar sello fixo pela generalidade do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1° no ultimo periodo.

(21) Ord. L. 4° T. 48 § 3.° As disposições relativas ao adquirente dos bens não pertencem á este logar, achão-se nos Arts. 578, 579, 580, e 581.

(22) Ord. L. 3° T. 86 § 13.
Esta disposição não se-observa, e fôra grande mal, se a molhér podésse annullar alienações, que o marido fizesse, de bens moveis por titulo oneroso.

3.ª ED.

« A Ord. L. 3° T. 86 § 13 (Rebouças Observ. pag. 50) no caso, de que se-trata, não dá logar á alguma pretenção de annullar por parte da molhér a alienação dos bens moveis do casal etc. »
Convenho, e o Art. 128 dá logar á supposta pretenção. A sancção cohibitiva da Ord. cit. é a prisão do marido, até

Art. 129. Se bens moveis, ou dinheiro, fôrem doados sem consentimento da molhér, serão as doações por conta da meação do marido (23).

Art. 130. Exceptuão-se as doações remuneratorias, ou de esmolas, não sendo immensas (24).

---

que traga os bens moveis alheados para nelles fazer-se execução. A redacção da Nota é condicional, ponderando o grande mal da sancção da nullidade; mas positiva, quanto á não observar-se a disposição consolidada.

(23) Ord. L. 4° T. 64.

Serão as doações por conta da meação do marido:—isto é, findo, ou separado o matrimonio, se-descontará a importancia dos bens doados na meação do marido.

Quid, se a importancia dos bens doados fôr superiôr ás forças da meação? As palavras finaes da Ord. L. 4° T. 64, tratando das doações *immensas—se o tivér para as desfazêr*—indicão, que a molhér neste caso póde demandar aos donatarios a restituição dos bens doados.

Isto se-deve entendêr só na parte do excesso da meação do marido, e os donatarios podem indemnisar com dinheiro.

Esta disposição é comprehensiva da alforria gratuita de escravos do casal, ou seja pura e simples, ou condicionada.

Quid, quanto á alforria não gratuita de escravos do casal, ou porque o marido receba todo o valôr do libertado, ou parte delle? Se recebe todo o valôr, não é applicavel a disposição do Art; se recebe sómente parte delle, procede a disposição do Art. quanto á parte remittida.

Póde a molhér sem consentimento do marido libertar escravos do casal? Absolutamente não, ainda que a alforria não seja gratuita.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 64.

Não sendo immensas:—não para em todos os casos poder a molhér annullar as doações, como diz Borg. Carn. Liv. 1° T. 12 § 119 n. 6°, pois que podem cabêr nas forças da meação do marido.

Art. 131. No regime da communhão a fiança prestada pelo marido sem outorga da molhér não obriga a meação desta (25).

Art. 132. Quando a fiança fôr prestada em arrematação de rendas publicas, e sem outorga da molhér, obrigará todos os bens moveis do casal; e, quanto aos immoveis, somente a meação do marido (26).

Art. 133. No regime dotal a fiança não obriga os bens, que pelo contracto pertencem á molhér. Esses bens ficaráõ sempre salvos (27).

---

(25) Ord. L. 4° T. 60. Vid. Art. 337.

Segue-se *a contrario sensu*, que a fiança prestada pelo marido com outorga da molhér obriga a meação desta, e portanto não aproveita á molhér casada neste caso o beneficio Velleiano da Ord. L. 4° T. 61 (Art. 782 Consolid.). O contrario entendeu-se no Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 435, e Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° Tit. 12 § 119 n. 22 Not. diz, que o argumento *a contrario sensu* é inconcludente neste caso. Não se-póde acceitar esta intelligencia, porque é grande a differença entre a fiança prestada por molhér solteira ou viuva, e a prestada por molhér casada conjunctamente com o marido. Aqui não ha protegêr *fraqueza do entender das molheres*, porque a molhér casada está assistida por seu representante legal, que é o marido.

Procede o têxto quanto ás fianças commerciaes? O Cod. do Com. Arts. 256 e seg., tendo guardado silencio, deixa em seu vigôr a regra do Direito commum.

Procede quanto á endosso de letras, ou de titulos analogos? Não, quando o endosso fôr cessão. Sim, quando o endosso fôr fiança. Na linguagem ordinaria dá-se o nome de *endosso* indistinctamente ás cessões e ás fianças de letras,

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 60, Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 Cap. 170.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 60.

Art. 134. Se o marido sem outorga da molhér arrematar rendas publicas, ou contractar qualquer arrendamento, póde hypothecar ao cumprimento do contracto todos os bens do casal (28). (Arts. 120, e 1281)

Art. 135. Em tal caso os bens ficaráõ indistinctamente obrigados, salvas as clausulas em contrario do regime dotal (29).

---

(28) Ord. L. 4° T. 60, e Decr. de 6 de Julho de 1695, o qual declarou ter a Ord., como lei posterior, derogado o Cap. 170 do Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516.—*Posteriora derogant prioribus*—.

A redacção do texto não está exacta, e deve-se lêr:—Se o marido sem outorga da molhér fôr cessionario de rendas publicas, ou particulares, póde hypothecar, etc.

Trata-se de cessão de impostos do Estado, ou de rendas particulares, perpetuas ou temporarias, vitalicias ou não, como juros de Apolices da divida publica, fóros, alugueres, prestações periodicas em geral; e não de locação, ou arrendamento, de cousas.

Nossas leis denominão *arrendamento* a cessão das rendas do Estado para serem cobradas por particulares que as-contractão, ou arrematão; e dahi provém o engano. Estes contractos são *cessões*, e não *arrendamentos*. O Projecto do Cod. Civ. Port. Art. 1723 tem evitado o engano.

(29) Cit. Ord. L. 4° T. 60.

Esta Ord. dá á percebêr, que os bens ficão hypothecados sem dependencia de estipulação expressa, e assim a-entendeu Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 12 § 119 n. 17. Não entendo assim, não vejo razão para crear este caso de hypotheca tacita em favôr dos cedentes de rendas em geral, limito-a em favôr do Estado somente—Art. 1272 § 2° Consolid. Está hoje derimida a questão em vista da novissima Lei hypothecaria, que dá no Art. 3° § 5° hypotheca legal á Fazenda Publica sobre os immoveis somente de seus rendeiros, contractadores, e fiadores; mandando no § 10, que tal hypotheca seja especialisada.

Art. 136. A doação entre marido e molhér é revogavel á arbitrio do conjuge doadôr, a superveniencia de filhos opéra logo sua revogação (30).

Art. 137. Se fôr feita antes do casamento, resolve-se depois delle por effeito de communicação dos bens (31).

Art. 138. Se essas doações não fôrem revogadas pelo conjuge doadôr, fallecendo este sem herdeiros ligitimos descendentes ou ascendentes, ficão confirmadas dentro da taxa da insinuação das doações (32).

Art. 139. Havendo herdeiros legitimos, descendentes ou ascendentes; podem estes revogar taes doações até serem inteirados de suas legitimas, ficando para o conjuge donatario o restante dos bens doados (33).

Art. 140. Fallecendo o conjuge doadôr com testamento, onde disponha da terça no todo, ou em parte, sem revogar a doação; os ditos herdeiros serão pagos de suas leg'timas, calculadas pelo valôr da totalidade dos bens doados e não doados, reputando-se a doação como legado (34).

---

(30) Ord. L. 4° T. 65 princ. Não tem uso esta Ord., nem póde ser applicada ao regime da communhão. Neste regime a doação torna-se inutil, porque os bens doados communicão-se no mesmo instante. Vid. Not. ao Art. 420.

Só é applicavel esta Ord. ás doações entre marido e molhér, quando o regime do casamento fôr de separação de bens—Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 16 § 154 n. 10.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867—Art. 19 n. 6°, § 1° n. 2.°—*As doações entre os conjuges* pagaráõ de imposto 2 %.

(31) Cit. Ord. L. 4° T. 65 princ.

(32) Ord. L. 4° T. 65 § 1°. Sobre a insinuação das doações Vid. Art. 411.

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 1.°

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 1.°

Art. 141. Se os bens da herança sem a doação fôrem insufficientes para pagamento das legitimas, a doação e a terça do conjuge doadôr desfalcar-se-hão proporcionalmente, até que ás legitimas sejão inteiradas (35).

Art. 142. Feito o desfalque proporcional, o donatario haverá então o restante da doação: o restante da terça será distribuido conforme a determinação do testamento (36).

Art. 143. Mas, se taes doações fôrem logo valiosas por Direito (37) em vida dos conjuges, os herdeiros do conjuge doadôr serão inteirados pela terça: e, só não bastando esta, serão inteirados pela doação (38).

Art. 144. Tanto no regime da communhão, como no dotal, o marido sem procuração da molhér, ou esta sem procuração do marido, não podem litigar em Juizo sobre bens immoveis, allodiaes ou emphyteuticos, nem sobre direitos que tenhão a mesma natureza, pena de nullidade dos processos (39).

Art. 145. Quando forem demandados sobre os referidos bens e direitos, devem sêr ambos citados ao principio dos litigios, e subsequentemente para os actos designados nas leis do processo (40).

---

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 2.°—*Soldo á livra*—é a expressão do nosso legislador, empregada no mesmo sentido em outros logares, e ainda hoje usada no Direito Francez.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 2.°

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 3°—Approva-se aqui o Direito Romano, que exceptuava diversos casos, em que a doação entre conjuges era logo valida em vida do doador. Esses casos vem compendiados em Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 16 § 154 ns. 21 e seguintes, e não tem actualmente o menor uso.

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 3.°

(39) Ord. L. 1° T. 79 § 22, L. 3° T. 47 princ., e Tit. 63 §§ 1°, 2°, 3°, e 4.°

(40) Ord. L. 3° T. 47 §§ 3° e 4.°—Supposto diga-se nesta Ord., que a primordial citação é bastante para todos os termos

Art. 146. Se os conjuges recusarem autorisar-se para esses litigios, o Juiz supprirá o consentimento, como já está determinado no Art. 126 (41).

Art. 147. Para reivindicar bens moveis ou immoveis, doados ou transferidos pelo marido á sua concubina, a molhér será recebida em Juizo sem dependencia de autorisação, e esses bens lhe-ficão exclusivamente pertencendo (42).

---

do processo, a Ord. L. 1º T. 79 § 22, e L. 3º T. 70 § 4º, mandão citar a molhér para o gráo de appellação; e a do L. 3º T. 86 § 27 para a execução, recahindo esta em bens de raiz.

É applicavel á nulliddde dos processos por falta de intervenção e citação das molheres casadas tudo que fica exposto na Not. ao Art. 26 sobre a nullidade analoga por falta da intervenção e citação dos menores adultos.

(41) Ord. L. 3º T. 47 § 5º, e T. 63 § 4º.

(42) Ord. L. 4º T. 66. Vid. Arts. 426, 427, 428, e 429; e tambem sobre a prescripção destas acções os Arts. 1327, 1328, e 1329.

Sem dependencia de autorisação:—a regra geral é, que a molhér casada, como pessoa incapaz, não póde estar em Juizo sem assistencia ou autorisação do marido, ou supprimento dessa autorisação pelo Juiz. Uma das excepções desta regra é a que acha-se no têxto, e além della as seguintes:

Quando os conjuges estão separados por sentença de divorcio,

Quando demandão um contra o outro,

Quando o marido está ausente por longo tempo,

Quando está ausente, e o caso não admitte demora;

Quando a molhér é curadora, e o marido louco, ou prodigo, —Arts. 312 § 1º, e 325 Consolid.

3.ª ED.

« O *podêr marital* (Lafayette Dir. de Fam. § 41) fórma-se pela *deslocação de certos direitos* da pessôa da molhér para a pessôa do marido. *Roubando-lhe* a faculdade de governar-se á si mesma, de contractar, de dispôr dos bens, e pondo-a em consequencia sob a direcção do marido, essa *deslocação* de direitos constitúe a molhér em estado de incapacidade! Assim

CAPITULO IV

Da dissolução, e separação, do matrimonio

Art. 148. Por fallecimento da molhér, fica o marido em posse e cabeça do casal; continuando na posse velha, que antes tinha (1).

---

de um lado o *podêr marital*, e em frente como effeito, a *incapacidade da molhér! Creação da lei*, a incapacidade da molhér não resulta de *defeito natural*; tanto que são capazes as viúvas, e as solteiras emancipadas! »

Nada mais repugnante á verdade, que—essa imaginada *deslocação de direitos*, de que formou-se o *podêr marital*, e resulta a incapacidade da molhér;—esse accusado *roubo de faculdades*,—a supposta incapacidade por *creação da lei* sem defeito natural da molhér!!!

Taes arrôjos são tão avêssos ao casamento, quão impossivel é casal-os com a *unidade* reconhecida no § 55 pag. 109, com os direitos confessados no § 8º pag. 13;—que trazem o cunho da necessidade,—que não podem sêr alterados pelo arbitrio dos conjuges.

E na verdade, se a incapacidade da molhér provém do *podêr marital*, se este podêr é uma *representação necessaria* por bem da conjugal unificação; tal necessidade foi satisfeita, ahi não ha *roubo*, ahi não ha creacão da lei—*necessitas caret lege*—.

Ainda mais, o podêr marital não se-fórma por *deslocação* de direitos da molhér. Os direitos da molhér, só os transmissiveis, passão para a pessôa collectiva do *Casal*, não passão para o marido. Se o *podêr marital* é mandato necessario, se é mandato imposto pela natureza; em todos os mandatos não ha *deslocação* (transmissão) de direitos, porque o mandatario figura em nome do mandante.

Se o modelo é a molhér independente, solteira ou viúva, não terêis casal, sem casal não terêis familia, sem familia não terêis sociedade civil.

(1) Ord. L. 4º T. 95 princ.

Art. 149. Por fallecimento do marido, a molhér ficará em posse e cabeça de casal, se ao tempo da morte com elle vivia em casa teúda e manteúda (2).

Art. 150. A viuva cabeça de casal dará partilha aos herdeiros do defunto, e da sua mão receberáõ esses herdeiros e os legatarios o que lhes-tocar (3).

Art. 151. Se os herdeiros, ou outras pessoas, tomarem posse, sem consentimento da viuva, de alguma cousa do casal, póde ella usar da acção de esbulho para ser restituida á sua posse (4).

Art. 152. A posse do conjuge sobrevivente só tem lugar nos bens communs, e partiveis (5).

Art. 153. Nos casamentos por contracto dotal só comprehenderá aquelles bens, em que foi estipulada a communicação (6).

Art, 154. Os bens emphyteuticos por aforamentos vitalicios não ficão na posse do conjuge sobrevivente; se nelles não tivér sido nomeado (7).

Art. 155. Pertence-lhe porém a posse de taes bens :

§ 1.° No caso do Art. 114.

---

(2) Cit. Ord. L. 4° T. 95 princ.

(3) Cit. Ord. L. 4.° T. 95 princ.

(4) Cit. Ord. L. 4.° T. 95 princ. Vid. Art. 811 *infra*.

3.ª ED.

Vid. not. ao Art. 814.

(5) Ord. L. 4° T. 95 § 1.°

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 95 § 3.°

(7) Cit. Ord. L. 4.° T. 95§ 1.° O mesmo acontecia outr'ora com os *bens da Corôa* e de *morgados*, de que a Ord. falla igualmente.

§ 2.° Tendo sido hypothecados á molhér pelo marido, ou ao marido pela molhér, *com o consentimento do senhorio* (8).

Art. 156. Nas hypotheses do Art. antecedente compete ao cónjuge sobrevivente o direito de retenção, até ser pago do valôr dos bens, ou do preço da compra, ou das bemfeitorias, ou da divida (9). (Art. 114)

Art. 157. Se a molhér negar em Juizo seu casamento, sendo absolvida por este motivo em acção de adulterio, ou obtendo vencimento em qualquer demanda ; não poderá depois

---

(8) Cit. Ord. L. 4.° T. 95 § 1.° Essas hypothecas verificavão-se, como vê-se em Pegas á Ord. Tom. 10 pag. 116, para segurança do dote e das arrhas. Desta Ord. poder-se-hia inferir, que os bens emphyteuticos não podem ser hypothecados sem consentimento do senhorio ; mas o costume é diverso, as hypothecas se constituem sem esta dependencia.

A recente Lei hypothecaria Art. 2° § 1° confirma este costume.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 95 § 1.° Supprimo a disposição do § 2° desta Ord. sobre o sequestro de taes bens, quando, movendo-se duvidas, ha receio de *pelejas e arruidos* ; porque isto allude aos *bens da Corôa*, que antigamente possuião em Portugal os *altos donatarios*.

3.ª ED.

As duas ultimas linhas deste Art. 156 devem ser lidas assim :—até lhe-ser paga sua parte na valia dos bens, ou preço, ou bemfeitorias; e no outro caso, até lhe-ser paga a divida, ou determinado por Direito não lhe-pertencêr a posse—. Corresponde agora á correcção tambem feita no Art. 114.

Á observação do Sr. Rebouças sobre este Art. 156 respondo com as minhas distincções ao Art. 73. Para mim não ha *bens vinculados* no Brazil. Sobre a posse delles antes do fallecimento de alguem, que agora os-possúa á titulo de ultimo administradôr; basta a acção de esbulho para removêr os conflictos, como nos demais casos.

da morte do marido têr parte nos bens deste, posto que pretenda provar a qualidade de casada (10).

Art. 158. As questões de divorcio, ou sobre nullidade do matrimonio, ou sobre separação temporaria ou perpetua dos conjuges, pertencem ao Juizo Ecclesiastico. A' respeito dellas nenhuma ingerencia póde têr a jurisdicção secular (11).

---

(10) Ord. L. 4 T. 95 § 5.°

(11) Ord. L. 5 T. 19 princ., Av. de 12 de Setembro de 1835, e n. 35 de 6 de Abril de 1850.

Julgado o divorcio por sentença do Juizo Ecclesiastico, bem entendido, sentença irrevogavel, os conjuges podem entre si fazer partilha judicial ou amigavel dos bens do casal. Antes desse julgamento são nullos todos os contractos, que façao á pretexto de partilha amigavel, pois o marido não póde contractar com a molher, além de que não póde haver partilha entre elles sem divorcio, e o divorcio não é objecto de contracto. Todavia apparecem em nosso fôro esses contractos null s, que talvez sejão devidos á decisão do citado Av. n. 35 de 6 de Abril de 1850, declarando necessaria a conciliação nas causas de divorcio.

3.ª ED.

Av. n. 182 de 23 de Julho de 1859—Só ao Juizo Ecclesiastico compete tomar conhecimento da *validade ou nullidade do casamento*.

Decr. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 9°—Compete ao Juiz de Direito do domicilio conjugal, ou do domicilio do conjuge demandado, conhecêr da *nullidade* de todos os casamentos entre nacionaes, ou estrangeiros, que professarem religião differente da do Estado; e bem assim de *qualquer outra questão relativa á estes casamentos*. Sobre o modo de proceder—Arts. 10 á 18.

Decis. n. 238 de 2 de Julho de 1873—Protestante, cujo casamento não é declarado dissolvido por sentença, incorre nas penas de poligamia, se contrahe segundo matrimonio. Padre catholico, que confere casamento nestas condições, incorre nas penas do Art. 247 do Cod. Penal.

Partilhas amigaveis ou judicia s entre conjuges por effeito de sentenças de divorcio estão sujeitas ao imposto de trans-

---

missão de propriedade? Como no casamento ha sociedade, é applicavel o Art. 4° n. 7° do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, onde isentão-se do impôsto os actos, que fazem cessar entre socios ou ex-socios a indivisibilidade dos bens communs; salvas as disposições dos Artigos das Sizas de 27 de Setembro de 1476 Cap. 6° § 4°, que são applicaveis aos mesmos actos. O mesmo repete o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 7° com referencia ás distincções do n. 3° desse Art. Isto já se-havia encetado em a Not. ao Art. 596 § 6° Consolid.

Eis minha solução aos trêz quesitos do *Direito* Rev. Cad. de 15 de Outubro de 1873:

1.° O conjuge catholico divorciado, que houvér mudado de religião, póde, segundo os ritos acatholicos, contrahir novas nupcias, que civilmente validas sejão? Negativamente, como na cit. Rev. e pelas mesmas razões com este additamento. Os impedimentos matrimoniaes são de direito mixto, publico e privado; e de direito publico, não podem ser alterados por arbitrio das partes—*juri publico pacto privatorum derogari non potest*—. As *leis pessoaes*, em cuja classe entrão as do estado de casado ou solteiro, seguem as pessoas—*ut lepra cuti*—á travéz dos logares e dos tempos. O conjuge catholico divorciado sabia, que as sentenças de divorcio da sua primeira religião só produzem o effeito da separação dos casados—*quoad thorum et mensam*—, não o da nullidade do casamento.

2.° Neste caso, o casamento acatholico póde ser considerado como crime de polygamia? Sim, ao contrario da citada Rev.; porque inegavelmente ha *fraude*, sabendo, ou devendo sabêr, o conjuge catholico divorciado, que subsistia o vinculo do seu primeiro casamento. Isto reconhece expressamente a Rev., e portanto a conclusão só devêra sêr a da *fraude*.

Confere com o Av. acima n. 238 de 2 de Julho de 1863 *mutatis mutandis*.

3.° O pastôr acatholico, que interviér em tal casamento, commette algum crime? Commette o crime do Art. 247 do Cod. Pen., tambem ao contrario da citada Rev. Embora a palavra—*Ecclesiastico*—ao tempo da promulgação desse Cod. se-referisse aos da Igreja Catholica; actualmente, depois da Lei de 11 de Setembro de 1864, abrange em sua generalidade todos os Pastores, todos os Ministros, de todas as Religiões, autorisados á celebrar casamentos. Tambem confere com o citado Av. *mutatis mutandis*.

CAPITULO V

Da viuvêz, e do segundo matrimonio

Art. 159. As viuvas não gozão do beneficio de restituição (1).

Art. 160. Provando-se que maliciosamente, ou sem razão, alienão, e desbaratão seus bens, os Juizes (2) devem arrecar-

Nas *acções de divorcio*, que tambem se chamão *acções de sevicias*, e começão às vezes pela *justificação de sevicias*, são notaveis incidentes:

O *deposito da molhér* em casa honesta,

Arbitramento de seus *alimentos*,

Arbitramento de *expensas litis*, isto é, do dinheiro necessario para suas despezas com a demanda.

Julgado o divorcio, incumbe ao marido alimentar os filhos, salva a disposição do Art. 188 *infra*;—são incommunicaveis entre os conjuges os bens depois adquiridos,—pela morte de um dos conjuges não fica o sobrevivente na posse dos bens delle;—a sentença não passa em julgado para o effeito de impedir a reconciliação dos divorciados.

(1) Ass. de 29 de Março de 1814. Contão-se todavia entre as pessoas miseraveis, e tem varios privilegios e isenções. Ord. L. 3° T. 5° §§ 3° e 5°, T. 12 § 1°, Lei de 17 de Agosto de 1761 princ., Decr. de 29 de Dezembro de 1772, Prov. de 25 de Janeiro de 1773, Lei de 19 de Julho de 1790 § 14, Ass. de 2 de Dezembro de 1791, Regul. n. 150 de 9 de Abril de 1842 Art. 10 § 4°, Decr. n. 413 de 10 de Junho de 1845 Art. 8°, Avs. n. 93 de 2 de Abril de 1853, e n. 96 da mesma data.

As viuvas não são isentas da dizima da chancellaria, se durante a demanda passárão á segundas nupcias—Av. n. 116 de 10 de Junho de 1854.

(2) Questionão os Praxistas, se o Juiz dos Orphãos é competente para este caso. O costume actualmente é officiar o Juiz dos Orphãos em todos os casos de prodigalidade.

dal-os, entregal-os á um curador, fazendo-lhes dar os alimentos necessarios (3).

Art. 161. As viuvas, que casão de cincoenta ou mais annos, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não podem alienar por titulo algum, em sua vida ou por sua morte, as duas partes dos bens, que tinhão ao tempo do casamento (4).

(3) Ord. L. 4° T. 107.

Esta curadoria nada tem de especial, e lhe-são applicaveis as disposições sobre a curadoria dos prodigos em geral—Arts. 324 á 328 Consolid.

(4) Ord. L. 4° T. 105. Querem alguns, que esta Lei seja extensiva ás molheres em geral, ainda que não viuvas. A Ord. se-inscreve—*das molheres viuvas que casão de cincoenta annos, tendo filhos*—.

« Para que trazêr á consideração (Rebouças Observ. á este Art.) o que alguns querem de extensivo ás molheres em geral, ainda não viuvas? Não podem deixar de têr a alma despotica, ou o espirito enfermo, os que assim contra a letra da lei querem generalisar uma excepção, etc. » Teve alma despotica, ou espirito enfermo, o abalisado Borg. Carn.? Ahi vai sua doutrina Liv. 1° T. 17 § 158 n. 11 e Not.—Esta lei procede, assim com a viuva que se-recasa tendo descendentes legitimos do 1° matrimonio, como com a molhér solteira que casa tendo descendentes illegitimos, comtanto que successiveis *ab intestato*. Esta é sem duvida a mente desta Ord., que evitou toda a menção do segundo casamento, e mesmo a sua letra—*quando alguma molhér casar*—: e ao texto se-deve attendêr mais que á rubrica ou inscripção do titulo, onde a palavra *viuvas* escreveu-se inexactamente, ou pelo que mais frequentemente succede; e, como dizem, demonstrativa, não taxativamente. Sem razão pois se-tem opinado o contrario. »

—*As viuvas que casão de cincoenta ou mais annos*—: logo esta Ord. não procede:

1.° Quanto ao viuvo quinquagenario, ou case com viuva quinquagenaria ou não, tenha ou não descendentes:

2.° Quanto ao viuvo não quinquagenario, que casou com viuva quinquagenaria, tenha tambem ou não descentes:

—*Tendo filhos ou outros descendentes successiveis*—: logo esta Ord. não procede:

Art. 162. Não podem outrosim alienar as duas partes dos bens, que, depois de casadas, houvérem por qualquer titulo de seus ascendentes ou descendentes (5).

1.° Quando a viuva quinquagenaria não tivér descendentes, posto que tenha ascendentes, ou herdeiros collateraes :

2.° Quando o descendente ou descendentes, que tivér, renunciarem expressamente tal beneficio da lei ; bem entendido, se fôrem pessoas capazes de contractar :

Procede porém, ainda que os descendentes successiveis não sejão filhos legitimos.

—*Não podem alienar por titulo algum*—: logo não podem communicar com os maridos as duas partes dos bens, porque tal communicação fôra uma entrada social, e o contracto de sociedade tem por fim transferir o dominio dos bens, em que as entradas consistem.

—*As duas partes dos bens que tinhão ao tempo do casamento*—: não está exacta esta redacção, porque a Ord. diz ;—*as duas partes dos bens que tinha ao tempo que concertou de se-casar*—. D'ahi derivão duas consequencias importantes :

1.° Que a prohibição de alienar existe antes do casamento, e desde o momento, em que a molhér o-ajustou, pois de outra maneira seria fraudada :

2.° Que procede tal prohibição, se ao tempo do ajuste do casamento a molhér tivér descendente successivel, posto que este falleça antes do casamento.

3.ª ED.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 53 á 56) no que havia dito sobre este Art. 161 em relação á Borg. Carn. Apenas referi a opinião desse abalisado Jurista, não adoptei-a, nem adopto-a. Se póde havêr questão não é para quem entende, como eu, que a Ord. L. 4° T. 105 só refere-se ás viuvas quinquagenarias, e não em geral á molheres quinquagenarias.

(5) Cit. Ord. L. 4° T. 105.

Art. 163. Só podem as viuvas maiores de cincoenta annos dispôr da terça dos ditos bens, sendo nullas além da terça todas as alienações, que fizerem (6).

---

(6) Ord. L. 4° T. 105.

— *Dispôr da terça dos ditos bens*—: esses bens são restrictamente os designados nos dois Arts. antecedentes. Logo esta Ord. não procede :

1.° Quanto aos bens, que a quinquagenaria depois do casamento adquirir de outrem, que não sejá seu ascendente ou decendente :

2.° Quanto aos rendimentos, ou fructos, das duas partes dos proprios bens designados nos dois Arts. antecedentes.

A terça desses bens communica-se com o marido ? Entende-se geralmente que sim.

Os bens do marido communicão-se com a quinquagenaria, ou sómente o terço delles ? Entende-se geralmente, que só communica-se o terço pela regra da reciprocidade.

Os descendentes, que esta Ord. favoreceu, tem direito de requerer, que a quinquagenaria faça inventario de seus bens antes, ou depois, de realisado o segundo casamento ? Tem direito de exigir, que ella preste caução na parte relativa ao dinheiro e bens moveis ? E' seguida a solução affirmativa.

Se a quinquagenaria não prestar a exigida caução, os descendentes podem requerêr embargo ? É a consequencia em face da Ord. L. 3° T. 31 princ.

Se a quinquagenaria em sua vida alienar os bens além do terço, podem os descendentes reivindical-os desde logo ? Tenho opinado negativamente com o fundamento de não havêr herança de pessoa viva, mas hoje não penso assim ; pois que a Ord. manda, que em falta de descendentes os bens se-devolvão aos ascendentes e collateraes.

Reivindicados os bens, qual seu destino ? Devem ser restituidos á quinquagenaria ? Inclino-me á affirmativa.

Todos esses direitos, que competem aos descendentes, competem igualmente aos ascendentes e mais herdeiros, por terem fallecido os descendentes depois do casamento, ou mesmo depois do ajuste do casamento da quinquagenaria ? Sem du-

Art. 164. Se ao tempo de sua morte não existirem herdeiros descendentes, ou ascendentes, as duas partes dos bens devolvem-se aos parentes mais chegados (7).

Art. 165. Tendo bens de aforamento, em que lhes-pertença o direito de nomeação, em nenhum delles poderáõ nomear os maridos (8).

---

vida competem aos herdeiros com direito actual para succedêrem nos bens.

3.ª ED.

Os bens do marido communicão-se com a quinquagenaria, ou sómente o terço delles? Não resolvi ácima como me-attribue o *Direito* Rev. de 1875 (Maio á Agosto) pags. 288 á 294 § 3.° Não opinei, pela regra da reciprocidade, que a quinquagenaria só tem communhão na terça do marido, e não na totalidade dos bens. Apenas indiquei a opinião geral de só communicar-se o terço pela regra da reciprocidade. Meu pensar decisivo nesta questão é o da mesma Revista, o de Rebouças Observ. pags. 56 e 57, e o de Laffayette Dir, de Fam. § 64 pags. 126 e 127. A regra da reciprocidade não acha assento na sociedade conjugal, que não é sociedade de negocio. Nas sociedades de negocio rege o Art. 287 do Cod. do Com., declarando de essencia as entradas sociaes de capital ou industria; nas conjugaes não ha equilibrio d' entradas, a reciprocidade neutralisa-se nos casos de casamento entre conjuge riquissimo e outro sem nada de seu. Era livre ao conjuge da quinquagenaria excluir da communhão seus bens, no todo, ou em parte; não o-fazendo, impera a regra da communhão legal—*exceptio ubi non posita, non est a regula recedendum*—.

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 105.

Fallecendo a quinquagenaria, ou fallecendo seu marido, deve-se procedêr á inventario e partilha, para que o conjuge sobrevivente tire sua meação nos bens, que se-communicárão.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 105.

TITULO II

DA PATERNIDADE, MATERNIDADE, E FILIAÇÃO

CAPITULO I

Dos direitos entre os pais e os filhos

Art. 166. Na constancia do matrimonio a criação, e alimentação, dos filhos incumbem á ambos os conjuges (1).

Art. 167. Em caso de separação por qualquer motivo o pai está obrigado á concorrêr com todas as despezas necessarias para a criação (2), salvo se pela sua pobreza o não podér fazêr (3).

Art. 168. Em qualquer idade os filhos tem direito de obrigar os pais á prestar-lhes alimentos, se por defeito da natureza, ou por outro motivo, fôrem tão inertes, que não se possão alimentar á si mesmos (4). (Art. 183 § 5.°)

Art. 169. Procede esta obrigação dos pais, ainda mesmo que os filhos tenhão já recebido suas legitimas, e as-tenhão dissipado (5).

Art. 170. Cessa o direito dos filhos á prestação de alimentos:

§ 1.° Se os pais não tem, com que se-alimentem á si, ou tem apenas o indispensavelmente necessario para a propria sustentação:

---

(1) Ord. L. 4° T. 99 princ.
(2) Cit. Ord. L 4° T. 99 princ.
(3) Cit. Ord. L. 4° T. 99 § 2.°
(4) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 1°, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776.
(5) Cit. Ass. *ibidem* de 9 de Abril de 1772.

§ 2.° Se os filhos se-podem alimentar á si mesmos por bens, que possuão; ou por alguma occupação, que possão ter, propria da sua condição:

§ 3.° Se commettêrão contra os pais alguma ingratidão, pela qual possão sêr desherdados por elles (Art. 1016):

§ 4.° Se sem causa justa abandonárão a casa dos pais, faltando-lhes com os obsequios e respeitos devidos:

§ 5.° Se casárão sem consentimento dos pais, nos termos dos Arts. 101, 102, 103, e 104, nao tendo sido supprido o consentimento na fórma do Art. 105 (6).

Art. 171. Reciprocamente os pais tem direito á ser alimentados pelos filhos, quando se-vejão reduzidos á tão extrema miseria, que não tenhão de que vivão (7).

Art. 172. Este direito dos pais está sujeito ás limitações declaradas no Art. 170, que lhes-fôrem applicaveis (8). (Art. 1018)

Art. 173. Podem os pais applicar aos filhos castigos moderados, uma vêz que não resulte offensa contraria ás Leis em vigôr (9).

Art. 174. Por morte da mãi o pai é legitimo administradôr, e usufructuario, dos bens dos filhos, emquanto estivérem sob seu podêr; e taes bens deve o Juiz dos Orphãos deixar em podêr do pai, depois do inventario e partilha (10).

---

(6) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2°, combinado com a Lei posteriôr de 6 de Outubro de 1784.

(7) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 4.°

(8) Cit. Ass. *ibidem* de 9 de Abril de 1772.

(9) Cod. Crim. Art. 14 § 6°, Ord. L. 5° T. 36 § 1°, e Resoluções de 20 de Abril, e de 20 de Julho, de 1751.

(10) Ord. L. 1° T. 88 § 6.°

Neste caso o pai tem um *direito real de usufructo*, creado pela lei. Os Juizes dos Orphãos não podem obrigar o pai á vendêr os bens do seu usufructo para empregar o preço delles

em compra de bens de raiz, ou de Apolices da Divida Publica, ou de acções de companhias. Tudo isto se-póde fazêr com o consentimento do pai, e coagi-lo é abuso de autoridade.

Os filhos das escravas deste *usufructo legal* reputão-se fructos, e pertencem ao pai? Resolvo negativamente com o Direito Romano § 37 Inst. *de rer. div.*, Dig. Lei 27 *de hered. petit.* « *Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causæ comparantur, ut pareant...* » Lei 28 § 1° Dig. *de usur.* Todavia, no tempo de Cicero, este caso ainda era controvertido—Cic. *de finibus* Liv. 1° n. 4.°

Os fructos, ou rendimentos, dos bens deste usufructo podem ser embargados, ou penhorados, por credores do pai? Este usufructo tem annexa a obrigação de alimentar o filho: se os credores do pai o-embargarem, ou penhorarem, os filhos tem preferencia pelos seus alimentos—Lob. Not. á Mello Liv. 2° T. 4° § 13 n. 26.

« Compete hypotheca legal (Art. 3° § 3° da novissima Lei hypothecaria) aos filhos menores sobre os immoveis do pai, que administrou os bens maternos dos mesmos filhos. A hypotheca legal dos menores (Art. 3° § 11 da cit. Lei) é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo se fôrem especialisadas, determinando-se o valôr da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção da hypotheca do pai (Art. 9° § 17 da cit. Lei) deve sêr requerida pelo pai. Póde sêr requerida (Art. 9° § 18 da cit. Lei) por qualquer parente do pai. Incumbe (Art. 9° § 19 da cit. Lei) ao Escrivão do inventario ou da Provedoria, ao Tabellião, ao Juiz de Orphãos ou da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição.

3.ª ED.

Concorda Rebouças (Observ. pag. 58), para quem brilhou a verdade nestas palavras:—não sendo dado considerar, que os fructos do sangue das criaturas humanas, *ligados aos elos da perpetuidade dos sêres racionaes*, sejão como al são inherentemente as producções de gado de todas as especies, aves domesticas, e quaesquer outros animaes, etc.

Quanto á filhos de escravos em casos de collação Vid. *infra* Not. ao Art. 1206

Art. 175. Os bens, de que trata o Art. antecedente, serão entregues pelo pai aos filhos segundo o que constar do inventario, quando elles se-emanciparem, ou casarem (11).

Art. 176. Exceptuão-se os moveis, de que os mesmos filhos se-servirem, gastos em seu uso; os quaes entregar-se-hão no estado, em que se acharem (12). (Art. 285)

Art. 177. Não será o pai administradôr dos bens, que pertencêrem aos filhos por morte da mãi; se padecêr alienação mental, ou outra enfermidade, que o-impossibilite de regêl-os (13).

Art. 178. Em tal caso dar-se-ha Tutor ou Curador aos filhos menores (14).

Art. 179. Tambem é o pai usufructuario, emquanto os filhos estivérem sob seu podêr, dos bens que elles adquirirem ou ganharem por qualquer modo (15).

---

(11) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º
(12) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º
(13) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º
(14) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º Vid. Not. ao Art. 101, e Not. ao Art. 183.

(15) Ord. L. 4º T. 97 § 19, e T. 98 § 7º. São os bens, que se-chamão *adventicios;* e que se-distinguem dos *profecticios, castrenses, quasi-castrenses.* As Leis devem sêr accessiveis á todas as intelligencias, essas denominações não devem passar dos Livros da Sciencia. O Cod. do Com. Art. 874 § 5º, e Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 620 § 3º, empregão estas expressões, graduando para o concurso de preferencia os filhos-familias como credores de dominio pelos bens *castrenses* e *adventicios.*

São aqui applicaveis as observações da Not ao Art. 123 sobre o credito de dominio da molhér casada por seus bens dotaes, paraphernaes, e outros de sua propriedade exclusiva. A disposição do Cod. do Com. Art. 874 n. 5º, e do Regul. n. 737 Art. 620 § 3º, só verifica-se no caso de sêrem susceptiveis de reivindicação os bens castrenses e adventicios dos filhos-familias. Não ha reivindicação, e portanto credito de dominio, quando esses bens fôrem dinheiro, ou outras cousas fungiveis, cuja identidade é impossivel provar.

E qual a providencia da nossa legislação commercial em favôr da fortuna do filho-familias, quando esta consistir em bens não susceptiveis de reivindicação? A providencia devia estar no Art. 878 do Cod. do Com., dando-se ao filho-familias em taes casos uma hypotheca tacita geral sobre todos os bens de seu pai fallido; mas ahi não se-contempla esta hypothese, por não estar comprehendida no § 2º, que dá hypotheca ao credor por herança ou legado. Tal hypothese só favorecerá ao filho-familias em relação á sua legitima materna antes da partilha do casal.

As disposições da novissima Lei hypothecaria, transcriptas na Not. ao Art. 174 sobre a hypotheca legal dos filhos menores em relação ao pai, que administrou bens maternos dos filhos, são perfeitamente applicaveis ao pai, que administrou bens adventicios dos filhos; mesmo porque, como pondera-se na Not. ao Art. 181 *infra*, os bens da legitima materna entrão na classe dos adventicios.

Art. 180. Não haverá o pai esse usu-fructo;

§ 1.º Quando alguma cousa fôr doada, ou deixada, aos filhos com a condição de não tôr o pai o usufruto della, ou outro algum proveito (16):

§ 2.º Se o pai renunciar o usufructo (17):

§ 3.º Se o pai negar faculdade aos filhos para havêrem a cousa, que lhes-fôr doada ou deixada, e os filhos a houvérem sem o seu consentimento (18):

3.ª ED.

Sobre o que sejão bens *adventicios, profecticios, castrenses,* e *quasi-castrenses,* Vid. Rebouças Observ. á este Art. pags. 59 e 60.

(16) Ord. L. 4º T. 99 § 1.º Dá-se aos bens exceptuados neste Art. o nome de *adventicios irregulares* ou *extraordinarios*

(17) Cit. Ord. L 4.º T. 99 § 2.º

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 3.º

§ 4.° Se fôr doado ou deixado aos filhos algum usufructo (19):

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 99 § 4.° *Porque* (diz a Lei) *não se-póde de um usufructo havêr outro usufructo.*

Esta Ord. tem revogado o Direito Romano, pelo qual, como póde-se vêr na L. 17 Cod. *de usuf.*, o usufructo doado ou legado ao filho durava até o fallecimento do pai, embora o filho já houvesse fallecido, e isto segundo a regra—*quidquid acquirit filius, acquiritur patri*—.

Não é porém exacta a razão, que dá o nosso legislador; isto é, que não se-póde de um usufructo havêr outro usufructo. Ao contrario, a doutrina reconhece, que um usufructo póde recahir sobre outro usufructo, e tanto assim, que na hypothese da nossa Ord. entendem Escriptores Francêzes, que o pai tem o gôzo do usufructo deixado á seu filho menor. Veja-se Proudhon Trat do usufr. ns. 154 e 333.

No Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 931, entendendo-se a cit. Ord. L. 4° T. 99 § 4°, tambem se-entende, que, se o pai não tem o usufructo do usufructo deixado ao filho, tem todavia a commodidade do mesmo usufructo durante a vida do filho. E como essa chamada commodidade não seja mais do que o proprio gôzo dos bens, do mesmo modo que nos outros casos de usufructo paterno, resulta do Repert. uma conclusão opposta á determinação da lei.

Autorisa o Repert. sua imaginaria distincção entre *usufructo* e *commodidade* com a L. 8ª § 2ª Dig. *de peric. et commod. rei vendite*, mas seu engano é manifesto. Essa lei romana, como se-póde vêr nas Notas de Godofredo, explica a differença dos effeitos entre a *constituição de usufructo* e *cessão de usufructo*, quero dizer, entre o usufructo, que o proprietario constitue em sua cousa á favôr de outrem; e o usufructo em cousa de outrem, que o usufructuario cede á terceiro. Vid. Lob. Obrig. Recipr. § 205.

3ª. ED.

Das notaveis palavras dessa Ord. L. 4° T. 99 § 4°—*porque não se-póde de um usufructo havêr outro usufructo*—creio podêr-se inferir com summo proveito juridico a declaração do nosso Direito Patrio contra usufructos successivos, á não terminar o segundo por uma verdadeira *consolidação*, volvendo a cousa desfructada para a posse do seu verdadeiro dono.

§ 5.° Quando o pai não fizér inventario dos bens do casal dentro de dois mezes, contados do dia de fallecimento da mãi (20). (Art. 1153)

Art. 181. Não fazendo o pai inventario dos bens do casal dentro dos ditos dois mezes, além de ficar privado do usufructo dos bens adquiridos pelos filhos nos termos do Art. antecedente, será tambem excluido do usufructo dos bens da legitima materna, e da herança dos mesmos filhos, para em tempo nenhum lhes-podêr succedêr (21).

Art. 182. Estas penas impostas ao pai, que não faz inventario no prazo legal, devem sêr julgadas por sentença em processo, que por elle tenha sido contestado (22). Veja-se a nota ao art 1153

Art. 183. O filho-familias não póde citar ao pai, nem para isso o Juiz lhe-concederá licença; salvo, tendo a idade cumprida de 21 annos (23) nos casos, que se-seguem:

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 99 § 6.° Não menciono a excepção do § 5°, porque só a Assembléa Legislativa (Art. 15 § 15 da Const.) póde decretar a alienação dos bens nacionaes. As *doações régias* entrão na ordem das doações dos particulares.

(21) Ord. L. 1° T. 88 § 8.° Os bens da legitima materna entrão na classe dos *adventicios*, mas a Ord. L. 4° T. 97 princ. os-chama *prefecticios*.

(22) Ass. 3° de 20 de Julho de 1780.

(23 Ord. L. 3° T. 9° § 3° com a modificação da Resol. de 31 de Outubro de 1831. *Ou tendo impetrado* (diz mais a Ord.) *carta de supplemento de idade, que commummente se-chama de emancipação*. Bem se-vê, que a Lei confunde o *supplemento de idade* com a *emancipação*. O supplemento de idade só se-concede á menores orphãos, e não aos que estão sob o poder paterno, salvo se o pai é desassisado nos termos dos Arts. 177 e 178.

§ 1.° Sobre bens adquiridos em profissão militar (24), ou de letras (25), e dependencias desses bens (26) : (Art. 1069)

§ 2.° Sobre bens, em que o pai não tem usufructo, indicados no Art. 180 (27) :

§ 3.° Sobre bens, em que o pai tem usufructo, se elle os-dissipar ou damnificar (28) :

§ 4.° Quando o filho questionar sobre sua emancipação, ou compellir o pai á emancipal-o (29): (Art. 204)

§ 5.° Quando pedir alimentos ao pai (30). (Art. 168)

Art. 184. Posto que emancipado, o filho não póde citar ao pai sem primeiro impetrar licença ao Juiz, que da Causa houvér de conhecêr (31).

Art. 185. Mas sem impetrar venia póde o filho demandar ao pai, se o-fizér como tutôr, curador, gerente, ou procura-

(24) São os bens chamados do—*peculio castrense*—.

(25) São os denominados do—*peculio quasi-castrense*—. Os adquiridos por *doação régia* equiparão-se aos desta categoria, posto que a Ord. L. 4° T. 98 § 5° os-repute *adventicios* em contrario á do T. 97 § 10.

(26) Ord. L. 3° T. 9° § 3.°

(27) Ord. L. 3° T. 9° § 4.°

(28) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 4.°

(29) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 4°. Vid. Not. ao Art. 204.

(30) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 4.°. As questões sobre alimentos podem ser tratadas durante as férias—Ord. L. 3° T. 18 § 6.° O Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3° § 5° á respeito das ferias só contemplou alimentos provisionaes.

(31) Ord. L. 3° T. 9° § 1.° As penas desta Ord. reservão-se para as Leis do Processo. Ellas não se-achão em uso, mas estão em vigôr por sêrem das exceptuadas na segunda parte do Art. 310 do Cod. Crim.
Por esta mesma Ord. o liberto não póde citar á seu patrono sem licença do Juiz da Causa.

dôr de outrem ; e quando demandar como procuradôr, deve ter a idade de dezesete annos completos (32).

Art. 186. O mandato porém deve ter sido encarregado, e aceito, com insciencia deste resultado ; e além disto é necessario, que o constituinte não esteja presente no logar; ou em parte, onde sem damno de seus direitos possa ser avisado. Sem estas condições será nullo o processo (33).

Art. 187. A impetração da licença é precisa, ainda que o filho cite e demande ao pai, que é tutôr, curadôr, procuradôr, ou gerente, de outra pessoa ; o que poderá fazer nos casos, em que lhe-fosse permittido demandar ao pai, se este em seu proprio nome houvésse de ser demandado (34).

CAPITULO II

Dos direitos entre as mãis e os filhos

Art. 188. Pertence á mãi criar o filho de leite somente até a idade de tres annos, ou este seja orphão emquanto ella não casar (1), ou o matrimonio tenha sido adoptado por qualquer motivo (2).

(32) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 5.. Desta Ord. inferem os Praxistas, que os menores de 17 annos não podem sêr procuradores *ad negotia*.

(33) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 5.°
Esta Ord. é applicavel ao liberto em relação á seu patrono.

(34) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 6.° Estas minudencias tão fastidiosas, e quasi inintelligiveis, não tem a menor utilidade, nem se-praticão actualmente.
Tambem é applicavel esta Ord. ao liberto em relação á seu patrono.

(1) Ord. L. 1° T. 88 § 10, e L. 4° T. 99 § 3.°

(2) Ord. L. 4° T. 99 princ.

Art. 189. Se a mãi fôr de tal qualidade, ou tivér algum impedimento, que não dêva criar o filho aos peitos, a criação de leite far-se-ha tambem á custa do pai (3).

Art. 190. Sendo fallecido o pai, ou não tendo meios, nem possuindo o filho bens proprios, concorrerá a mãi com todas as despezas da criação (4). (Art. 267)

Art. 191. Tendo o filho bens seus, a mãi poderá repetir toda a despeza, que na criação houvér feito além da criação de leite, e posto que tal despeza fizesse sem protesto de cobral-a pelos bens do filho (5).

Art. 192. Depois dos tres annos da criação, a mãi póde havêr sem protesto outra qualquer despeza, que haja feito com a pessoa do filho, se fôr sua Tutôra ou Curadôra (6).

Art. 193. Não sendo Tutôra ou Curadôra do filho, nem tendo protestado, nada poderá repetir; salvo, se fôr rico o filho, e ella pobre (7).

Art. 194. As despezas, porém, não com a pessoa, mas com os bens do filho, póde a mãi repetir, posto que não seja Tutôra ou Curadôra do filho, nem protestasse cobral-as (8).

Art. 195. Os filhos não estão submettidos ao poder da mãi (9).

Art. 196. Dentro de dois mezes depois do fallecimento do pai, havendo descendentes menores, a mãi deve fazer inventario judicial de todos os bens do casal; pena de ficar inhabili-

---

(3) Ord. L. 1° T. 88 § 10, L. 4° T. 99 princ., e §§ 2° e 3.°
(4) Citadas Ords. ao Art. antecedente.
(5) Ord. L. 4° T. 99 § 4.°
(6) Ord. L. 4° T. 99 §§ 4° e 6.°
(7) Ord. citada ao Art. antecedente.
(8) Cit. Ord. L. 4° T. 99 § 5.°
(9) Ord. L. 4° T. 87 § 7.°

tada para herdar dos ditos descendentes, e para ser delles tutôra (10). (Art. 1153)

Art. 197. Estas penas dependem de sentença declaratoria, como no caso do Art. 182. (11)

Art. 198. Sendo viuva, e vivendo honestamente, póde a mãi utilisar-se dos serviços do filho menor; porém pagar-lhe-ha soldada, sendo preferida tanto por tanto á qualquer outra pessoa (12). (Arts. 228 e 272)

Art. 199. Se ficar gravida por morte do marido, póde requerêr a posse dos bens pertencentes ao filho, que traz no ventre (13). (Art. 1°)

Art. 200. Se o filho quizér citar a mãi, póde-o fazer com licença do Juiz, do mesmo modo que á respeito do pai está disposto no Art. 184 (14).

CAPITULO III

Da emancipação

Art. 201. Filho-familias é aquelle, que está sob o poder de seu pai, e de qualquer idade que seja (1). (Art. 10)

Art. 202. Acaba o patrio poder (Art. 10):

§ 1.° Pela morte do pai (2):

---

(10) Ord. L. 1° T. 88 § 8.°
(11) Ass. 3° de 20 de Julho de 1780.
(12) Ord. L. 1° T. 88 § 13. Não está em uso esta disposição.
(13) Ord. L. 3° T. 18 § 7.°
(14) Ord. L. 3° T. 9° § 1.°
(1) Ord. L. 4° T. 81 § 3°, Prov. de 24 de Maio de 1823, Decis. do 1° de Fevereiro de 1848.
(2) Ord. L. 4° T. 50 § 2.°

§ 2.° Pela emancipação (3):

§ 3.° Pelo casamento do filho (4):

§ 4.° Quando o filho não está na companhia do pai, e estabelece separada economia (5):

§ 5.° Quando serve officio publico, ainda que esteja na companhia do pai (6).

Art. 203. Compete aos Juizes dos Orphãos concedêr cartas de emancipação (7).

---

(3) Ord. L. 1° T. 88 § 6°, L. 4° T. 50 § 2°, T. 87 § 7°, e T. 97 § 19. Eis o sentido em que empregamos a palavra *emancipação*, para designar sómente a isenção do patrio poder. Nót. ao Art. 16.

(4) Cit. Ords. ao § antecedente.

(5) Const. do Imp. Art. 92 § 2.° Quem póde exercêr direitos politicos, está habilitado para os actos da vida civil. É porém necessario, que o filho não seja menor de vinte e um annos nos termos da Resol. de 31 de Outubro de 1831; assim como para os direitos politicos é necessario, que não seja menor de vinte e cinco annos.

(6) Cit. Art. 92 § 2.° da Const. do Imp., Decis. do 1° de Fevereiro de 1848.

3. ª ED.

Ainda que esteja na companhia do pai: —Não servem officios publicos, nem os Bachareis formados por simples effeito do seu gráo, nem os Clerigos de Ordens Sacras por simples effeito da sua ordenação; mas os considero isentos do patrio poder, embora vivão na companhia dos pais. O Art. 92 § 1° da Const. do Imp. lhes deu capacidade politica sem referencia á idade. Nesta referencia negando tal capacidade aos menores de vinte e cinco annos, só estes em geral entrão na disposição do § 2° do mesmo Art. 92 sobre os filhos-familias na companhia dos pais, ainda que tenhão mais de vinte e cinco annos. Vid. Nots. aos Arts. 10 e 21 *supra*, e 993 § 2° *infra*.

(7) Ord. L. 1° T. 3° § 7°, L. 2° T. 45 § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 1.° Quanto ao imposto que devem

Art. 204. O pai póde ser compellido á emancipar o filho nos casos, em que o Direito assim o-determina; e para esse fim o filho póde demanda-lo com licença do Juiz, nos termos do Art. 183 § 4° (8).

Art. 205. Reputão-se emancipados, e maiores para todos os effeitos legaes nas negociações mercantis, os filhos, de que trata o Art. 1° § 3° do Codigo do Commercio, sob as condições exigidas no mesmo Codigo.

Art. 206. Os filhos menores, que fôrem demittidos do patrio podêr, obtendo cartas de emancipação, ficão todavia sujeitos por morte dos pais á jurisdicção dos Juizes dos Orphãos, que devem fazêr o competente inventario e partilha sem embargo das cartas de emancipação (9).

---

pagar as Cartas de emancipação, as Leis de Fazenda não são claras. A Tabella de 1841 § 39 contempla unicamente os supprimentos de idade. As Leis do sello (26 de Abril de 1844, e 10 de Julho de 1850) equiparão os supprimentos de idade e as emancipações. A Decis. n. 146 de 5 de Maio de 1851 distingue as *simples emancipações*, que não sei o que sejão, submettendo-as ao imposto da Tabella de 16 de Outubro de 1850. O Officio n. 26 de 11 de Março de 1846 bem denuncia a irregularidade, que reina neste assumpto.

3.ª ED.

Quanto ao sello das Cartas de emancipação, em face do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870, pode-se dizêr que o-pagão fixo pela generalidade do Art. 13 § 1.° no ultimo periodo.

(8) Ord. L. 3° T. 9° § 4°, e Prov. de 24 de Maio de 1823. Estas Leis referem-se ao Direito Romano, ou antes á doutrina dos Escriptores. Os casos de *emancipação coacta* vejão-se em Mell. Freir. Liv. 2° T. 5° § 25, Lobão Obrig. reciproc. pag. 42, Borg. Carn. L. 1° T. 21 § 194 n. 14, e Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1006.

(9) Prov. de 25 de Setembro de 1787 no 1.° Additam. de Borg. Carn. pag. 158. Mostra esta Prov. que os filhos-fa-

TITULO III

DOS FILHOS ILLEGITIMOS, E DOS ADOPTIVOS

Art. 207. Os filhos illegitimos são naturaes, ou espurios (1).

Art. 208. Filhos naturaes são aquelles, cujo pai e mãi ao

---

milias podem sêr emancipados pelo pai antes de sêrem maiores. E' justa, portanto, a censura de Lobão á Mell. Freir. Nots. Tom. 2° pags. 220 e 604.

(1) Ord. L. 2° T. 35 § 12 princ., L. 4° T. 36 § 4°, T. 99 § 1°, Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 1.° Nestas Leis, e em outras que omitto, distinguem-se os filhos *naturaes* dos *espurios*.

Adoptamos esta qualificação de *filhos espurios* por sêr a das leis acima indicadas, e de Borg. Carn. Liv. 1° T. 20 § 179 n. 6°, e Coelh. da Roch. § 60 ; posto que na accepção rigorosa signifique o filho illegitimo de pai incognito—Vid. Dicc. Jur. de Per. e Souz. Não ha termo, que exprima a idéa opposta á da expressão *filhos naturaes*; comprehendendo todos os illegitimos, que não entrão nesta classe. A expressão —*filhos de coito damnado*—é menos comprehensiva, porque não abrange todos os illegitimos, cujo pai e mãi não tinhão entre si impedimento para casar.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 51 n. 4.—Os assento do nascimento deverá contêr a declaração de sêr *legitimo*, *illegitimo*, ou *exposto* :

Cit. Regul. de 1874 Art. 54—Sendo *illegitimo*, não se declarará o nome do pai, sem que este expressamente o autorise; e compareça por si, ou por procuradôr especial, para assignar; ou, não sabendo, ou não podendo, mandar assignar á seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.

Veja-se Rebouças Observ. á este Art. pag. 61, que lembra os filhos—*vulgo concepti*—, nos termos da L. 23 Dig. de *stat. homin.*, que não podem demonstrar seu pai ; ou que, podendo demonstral-o, tal pai não convem têr.

Lembrarei tambem os—*vulgo quæsiti*—; filhos de meretriz ou molhér questuaria, cujo nome é obceno em portuguêz, de que falla Borg. Carn. L. 1° T. 20 § 179 n. 12.

tempo do coito não tinhão entre si parentesco, ou outro impedimento, para casarem (2).

Art. 209. Quando havia o dito impedimento, os filhos são espurios ; e estes podem sêr de damnado e punivel coito, como os sacrilegos, adulterinos, e incestuosos (3).

Art. 210. São sacrilegos os filhos de clerigo, religioso, ou religiosa. São adulterinos os illegitimos de homem casado, ou de molhér casada. São incestuosos os nascidos de ajuntamento de parentes em gráo prohibido (4).

Por *bastardos* entende-se os spurios e *nothos*, de que falla Mell. Freir. L. 2° T. 6° § 6°, quasi sem differença dos legitimos, em cujas armas inseria-se a *quebra de bastardia* da Ord. L. 5° T. 92 § 4°.

Os filhos legitimos são taes pela *presumpção da paternidade —is pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant*—

Trabalha-se com esta presumpção, quando a paternidade é denegada, combinando-a com a *presumpção de prenhêz* no seu maximo e minimo tempo, como póde-se vêr no Esb. do Cod. Civ.

(2) Ord. L. 4° T. 92 princ.

« E isto mesmo haverá logar no filho (palavras desta Ord.), que o homem solteiro peão houver de alguma escrava sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro. » Esta disposição, como muito bem observa o Repert. das Ords. Tom. 2° pag. 473, deve sêr entendida á respeito do filho nascido de escrava alheia ; quanto ao nascido de escrava propria, consegue tacitamente sua liberdade.

(3) Ord. L. 4° T. 93, Regim. do Desemb. do Paço § 118, Lei de 7 de Janeiro de 1750 princ

(4) Regim. do Desemb. do Paço § 118.

3.ª ED.

O Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8.° pag. 194) de 15 de Julho de 1875 declara a incompatibilidade entre o pai e o *filho sacrilego*, considerado e reconhecido como tal, para funccionarem na Junta de alistamento.

Art. 211. Para os filhos espurios reputarem-se de damnado e punivel coito é necessario, que sejão taes pelas leis patrias, e pelo Direito Romano (5).

Art. 212. A prova da filiação natural paterna (6) só se-póde fazêr por escriptura publica de reconhecimento do pai, ou por testamento (7).

---

(5) Ord. L. 4º T. 93. Logo não basta, que o coito seja damnado e punivel pelo Direito Canonico. É de grande importancia esta disposição, porque a diversidade de religião —*cultûs disparitas*—, por exemplo, é um dos impedimentos dirimentes do Direito Canonico; entretanto que o Direito Romano falla sómente dos filhos *sacrilegos*, *adulterinos*, e *incestuosos*. Esta distincção influe nos direitos hereditarios dos filhos naturaes, como se-pode vêr no Art. 964 e Not. O impedimento—*cultûs disparitas*—é dirimente em relação á Christãos e infieis, inhabeis para contrahir casamento; não assim relativamente á casamentos de catholicos com hereges. Esses—*casamentos mixtos*—, suppôsto illicitos, são validos.

A Lei de 11 de Setembro de 1861 faz extensivos os effeitos civis dos casamentos catholicos aos das pessoas, que professarem religião differente da do Estado; uma vez que taes casamentos se-próvem, como exige o Regul n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

(6) O Av. n. 279 de 17 de Dezembro de 1853 declarou, que o Art. 3º do Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 era relativo á filiação paterna, e não á materna.

(7) Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 Art. 3º. Diz este Art. 3º do Decr.—*filiação natural*—, e pela referencia do Art. 1º á Ord. L. 4º T. 92 não se-póde deixar de entendêr, que trata sómente dos filhos *naturaes in specie*, e não dos *espurios*. Não se-alterou nesta parte o antigo Direito, que contiнúa á sêr o mesmo. Só houve alteração: 1º, por igualar-se os direitos hereditarios dos filhos naturaes dos nobres aos dos plebêos; 2º, por se-restringir os meios de prova. Vid. Not. ao Art. 961. Concorrendo filhos naturaes com legitimos (Art. 2º da Lei), a escriptura publica de reconhecimento paterno depois do casamento, ou reconhecimento em testamento, provão a filiação natural, mas não para o effeito da successão hereditaria. E pois que esta excepção affecta só-

mente os direitos de succedêr, nós a-reservamos para seu logar proprio no Art. 962.

A disposição do texto, ou do Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847, está hoje modificada quanto á filiação natural paterna de pessoas não catholicas pelo Art. 45 n. 5º do Regul. de 17 de Abril de 1863. O reconhecimento de filhos naturaes dessas pessôas póde sêr feito pelo pai no registro dos nascimentos á cargo dos Escrivães de Juizes de Paz.

« E isto mesmo haverá logar (cit. Ord. L. 4º T. 92 pr.) no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma escrava, sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro, » Esta disposição só procede (Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 473) quanto ao filho nascido de escrava alheia, e não quanto ao nascido de escrava propria. Este ultimo reputa-se livre pelo proprio facto da sua filiação, e portanto não carece de que seu pai o-liberte expressamente. Ora, este effeito da filiação natural dá-se actualmente, comtanto que o pai tenha reconhecido o filho por escriptura publica, ou por testamento, conforme a Lei nova de 1847 Art. 3.º

Não entendo esse Art. 3º da Lei de 1847 como o-entendeu em seu Comment. o Sr. Dr. Perdigão Malheiro. Eis porque foi consolidado neste logar. Se as provas do reconhecimento paterno alli exigidas só se-referissem á successão hereditaria, eu reservaria esse Art. 3º para o Liv. 2º T. 3º Cap. 1º *infra*; do mesmo modo que reservei o Art. 2º da Lei, conforme vê-se no Art. 962.

Declarando o Art. 3º da citada Lei, que a prova da filiação natural (note-se bem)—*nos outros casos*—só póde ser feita por escriptura publica, ou testamento; é de evidencia, que refere-se á mais de um caso, e portanto comprehende alguma cousa mais do que o caso opposto ao exceptuado no Art. 2.º Por outra, esse Art. 3º não diz simplesmente que a filiação natural só póde sêr provada por escriptura publica ou testamento, quando não comcorrêrem á herança paterna filhos legitimos do mesmo pai; o que diz é que—*em todos os outros casos*—a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios.

Desta interpretação derivão consequencias contrarias ás do citado Comment. « A Lei de 1847 (diz elle pag. 15) não innovou a legislação anterior quanto á prova da filiação natural para outros effeitos de direito, entre os quaes os *alimentos* e *estado*. » Neste presupposto resolve a questão de sêr ou não

titulo sufficiente para a successão a sentença obtida em acção de alimentos.

Eu tambem resolvo pela negativa essa questão, não por que na acção de alimentos sejão admissiveis todas as provas, mesmo conjecturaes; não porque a sentença nella proferida possa fundar-se em outras provas, que não as unicas declaradas na Lei de 1847; mas porque o Art. 3° dessa Lei expressamente veda outras provas, qualquer que seja o caso.

Coherentemente, no caso acima indicado no Repert. das Ords. T. 2° pag. 473, relativo ás finaes palavras da Ord. L. 4° T. 92 princ., bem se-vê que nem á favor da liberdade reputo admissiveis outras provas, que não sejão as do Art. 3° da mencionada Lei.

Este effeito especial, o outro da prestação de alimentos, do mesmo modo que o da successão, vem todos da mesma causa; e se a Lei tem designado limitativamente as condições, em que admitte essa causa productora de direitos, é claro que, não se-dando taes condições, nenhum direito póde produzir. Quando póde ter um de seus effeitos, póde tê-los todos; e se não póde ter um delles, não póde ter nenhum.

Qual o motivo da revogação das leis anteriôres que permittião provar por outros meios a filiação paterna illegitima? Porque tal prova era impossivel, porque á bem da moralidade publica convinha evitar os perigos e escandalos das acções de filiação. Preponderão estas razões, qualquer que seja o pedido, ou effeito, de acções dependentes da prova da paternidade illegitima.

— *Só se-póde fazêr por escriptura publica de reconhecimento do pai* — : O assento de baptismo suppre a falta de escriptura publica? O citado Comment. Quest. 2ª resolve affirmativamente, « uma vez que do assento conste a declaração do pai reconhecendo livremente o filho, e que o assento se-complete com assignatura do mesmo pai e testemunhas; porquanto é *escriptura publica* para prova do baptismo, casamento, e obito, o assento nos Livros Ecclesiasticos, que são por ora os nossos Registros do estado civil. »

Eu resolvo pela negativa:

1.°—Porque os assentos de baptismo não são *escripturas publicas*, posto que pertenção á classe dos instrumentos publicos—Per. e Souz. Linh. Civ. § 215.

2.°—Porque a Const. do Arcebisp. da Bahia, que regula estes assentos, não exige no Liv. 1° T. 20 n. 73, quanto ao baptisado que não fôr havido de legitimo matrimonio, nem assignatura do pai, nem assignatura de testemunhas; permittindo somente que se-declare no assento o nome do pai, se fôr cousa notoria e sabida; e não houver escandalo, nem perigo de havê-lo.

3.°—Porque, ainda quando taes assentos contivessem assignatura do pai e das testemunhas, os Parochos não dão fé de conhecêr as partes e as testemunhas, como a-dão os Tabelliães nas escripturas publicas—Ord. L. 1° T. 78 § 6°, e Art. 386 § 3° Consolid.

4.°—porque é de regra, que nos casos em que a lei exige uma determinada especie de instrumento, o acto não se-póde fazêr por outra especie de instrumento.

5.°—porque uma cousa é o assento de baptismo ou registro do nascimento, e outra cousa é o acto do reconhecimento paterno. O que prova a filiação paterna de um filho natural não é o assento de baptismo, ou o registro do nascimento, como acontece com os filhos legitimos; é o acto do reconhecimento do pai, ou conste de escriptura publica, ou conste do livro de registros do estado civil.

Os Livros Ecclesiasticos, posto que sejão por ora quanto aos catholicos nossos registros do estado civil, não podem sêr comparados aos registros do estado civil em França, nem aos registros dos nascimentos de pessôas não catholicas regulados entre nós pelo recente Decr. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

Eis porque já observei que nesta parte está modificado o Art. 3° da Lei de 2 de Setembro de 1847. Os assentos destes registros sem duvida contém tudo quanto *intrinseca* e *extrinsecamente* se-exige para a escriptura publica, mas não os assentos de baptismo nos Livros Ecclesiasticos, como se-diz no citado Comment.

A confissão feita em juizo pelo pai, ou por herdeiro depois da morte do pai, será sufficiente? O citado Comment. Quest. 3ª resolve negativamente quanto á confissão do pai, e affirmativamente quanto á confissão dos herdeiros.

Eu resolvo negativamente em ambos os casos, e no primeiro dou motivos diversos. O citado Comment. suppõe a possibilidade de acções de filiação, é como eu não a-supponho, não ha para mim possibilidade de confissão feita em juizo.

O Art. 3 da Lei de 1847 não exige escriptura publica *ad probationem tantum*, exige-a como fórma essencial do acto juridico do reconhecimento paterno. Ninguem illuda-se com a redacção, que só falla em prova, defeito semelhante ao do Art. 265 do Cod. do Com. O que a Lei quiz dizêr, como quiz

dizêr nesse Art. 265 do Cod. do Comm., é que o acto não póde sêr feito senão por escriptura publica; e nestas circumstancias é de principio, que a confissão judicial não suppre a falta de escriptura publica – Ord. L. 4° T. 19 § 1°, e Regul. n. 737 Art. 159.

Se o fim da Lei foi impossibilitar a escandalosa discussão das acções de filiação illegitima, como concebêr que depois della se-proponhão taes acções, e os Juizes as-admittão, para que tenha logar uma confissão judicial de quem é demandado como pai, ou como herdeiro do pai ?

Na hypothese de demandar-se ao herdeiro, ou aos herdeiros do pai, a solução negativa é mais que evidente ; porque o reconhecimento paterno é acto todo pessoal, que só do pai póde emanar, e que portanto não póde sêr o resultado de uma confissão feita por herdeiros do pai. Aqui não ha confissão. Se os herdeiros do pai admittissem á herança o supposto filho natural, haveria uma *renuncia*, haveria uma *doação*, e isto nada tem de commum com a *confissão*.

Serão sufficientes, o escripto particular, cartas, assentos em livros de familia, ainda que confessados pelo pai ou pelos herdeiros (Quest. 4ª do Comment.) ; a conciliação effectuada com o pai, ou com os herdeiros (Quest. 5ª do Comment.) ; a posse ou quasi posse da filiação, mesmo confessada pelo pai ou herdeiros (Quest. 6ª do Comment.) ; a declaração em inventario não impugnada, e destituida dos titulos legaes (Quest. 7ª do Comment.) ? Do que fica acima dito resulta uma terminante solução negativa para todas estas questões.

O reconhecimento da filiação natural por escriptura publica é *irrevogavel*. Quem o fizer não poderá retractar-se, ainda mesmo que o reconhecido não a-tenha aceitado. Mas tal escriptura não fará prova, se fôr nulla, ou viér á sêr annullada —cit. Comment. Quest. 9.ª Esta solução é exactissima.

Ou por testamento— : Nesta expressão abrange a Lei o testamento nuncupativo mesmo verbal, e o codicillo? Sem duvida, porque a Lei nada distingue, posto que seu espirito fôsse excluir a prova testemunhal—cit. Comment. Quest. 8.ª

Póde o pai revogar seu reconhecimento já feito em testamento ? O citado Comment. decide pela negativa, e seu engano é manifesto autorisando-se com Merlin Repert. *Testamentos* Secç. 2ª § 6° n. 3.° Neste logar o que diz Merlin é que o testamento revogado não deixa de formar um começo de prova escripta sobre a divida, que o testadôr confessa ; mas antes já havia resolvido peremptoriamente, que, revogado o

testamento, não tem acção alguma para cobrar a divida confessada aquelle em favôr de quem a confissão foi feita, se não apresenta *aliunde* uma prova legal. Taes confissões (Furgole *Testam.* Cap. 11 ns. 1 e 48) não são obrigatorias, não são probatorias da divida, nem da causa della ; devem sêr consideradas como liberalidade, que o testadôr quiz disfarçar sob o titulo de divida ; ainda mesmo que não tivessem por fim prejudicar a legitima dos herdeiros necessarios, ou colorar legados á pessôas incapazes de recebê-los. Ao contrario da solução do citado Comment., o mesmo Merlin Repert. *filiação* n. 7 exprime-se deste modo : « Se o testadôr revogar o testamento em que reconheceu um filho natural, é valido o reconhecimento ? Parece-nos fóra de toda a duvida, que a revogação do testamento faz cahir o reconhecimento. » Meu testamento (Demolombe *Paternidade* n. 455) é meu pensamento intimo, meu pensamento escripto, é verdade ; mas para ficar secreto, e pertencer-me sempre, e á mim só. Tudo o que nelle escrevo tem este caracter, nada está acabado, nada é adquirido por ninguem; o testamento é um projecto. Não objecteis, que o reconhecimento de um filho natural é irrevogavel, desde que é feito; sim, desde que é feito: mas nego, que o esteja; nego, que a vontade de reconhecêr exista, como deve existir, definitiva, assentada. Permittirêis á terceiros, vivo o testadôr, que apresentem seu testamento como titulo contra elle ? Com o testamento em punho poderia o filho reconhecido demandar em Juizo alimentos ? Fôra esta a consequencia necessaria, e quem não recuaria ante os perigos de uma theoria, que permittisse levar á Juizo o testamento de homem vivo ?—O nosso Direito resiste expressamente á tão desastrosa consequencia, como se-póde vêr na Ord. L. 4° T. 37 § 4°, e Consolid. Art. 640, e Not.

Qual o effeito do testamento nullo, rôto, e irrito, quanto ao filho natural nelle reconhecido ?

Quanto ao *testamento nullo*, se a nullidade vem da fórma, o cit. Comment. Quest. 10ª resolve negativamente, e resolve bem. Se porém a nullidade não vem da fórma, elle faz distincções arbitrarias, estranhas á Sciencia, e conclue pelo absurdo de que os menores impuberes podem validamente reconhecer filhos naturaes em testamento ! Excluidas as nullidades de fórma, ficão as nullidades *visceraes* ; entretanto que nestas nullidades o cit. Comment. suppõe algumas que não são *visceraes* ! E' tão *visceral* a nullidade, que provém da falta de liberdade do testadôr, como a que deriva da falta de capa-

cidade civil. Por falta de capacidade é nullo o testamento feito por demente, e tambem é nullo o testamento feito por menor impubere; e não obstante o citado Comment. reputa nullo o reconhecimento feito por testadôr demente, e ao mesmo tempo considera valido o testemento feito por testadôr impubere! Todo o acto de pessôa absolutamente incapaz é nullo, ou seja entre vivos, ou seja disposição de ultima vontade. São absolutamente incapazes os dementes os menores impuberes, os filhos-familias, os prodigos. Logo é nullo o testamento feito por taes pessôas, e nullo é o reconhecimento que elle contivér. O nosso Direito tambem presta apôio á esta conclusão, como se vê na cit. Ord. L. 4° T. 37 § 4°, e Consolid. Art. 640 Not. Presta-o igualmente quanto ás alforrias deixadas em testamento nullo a L. 23 Dig. *de manumis. testam.*, como se-póde vêr na Not. ao Art. 1131.

O citado Comment. illudio-se com a explicação de Rogron ao Art. 334 do Cod. Civ. Fr., explicação que está de accôrdo com a doutrina dos Escriptôres Francêzes, para supprir a omissão do Codigo do seu paiz; mas não reflectio em que esse Codigo não faz, como o nosso Direito, distincção entre menores impuberes e adultos para separar sua incapacidade absoluta da relativa á certos actos. A palavra impubere exclúe até a possibilidade de procreação.

Quanto ao *testamento rôto*, tambem não é aceitavel a solução do citado Comment. na hypothese da *agnação do posthumo*, como já demontrámos não sêr no caso da revogação do testamento. Pela *agnação do posthumo* o filho natural reconhecido cahe necessariamente na disposição do Art. 2° da Lei que analysamos, se nasceu antes do casamento do pai; e como lhe-póde aproveitar o reconhecimento em testamento, se esse Art. 2° quer reconhecimento em escriptura antes do casamento? Se porém nasceu depois do casamento do pai, é filho adulterino.

Quanto ao *testamento irrito*, no caso do condemnado á morte (Ord. L. 4° T. 81 § 6°) em que o citado Comment. o-encara, é questão escusada, porque não temos *servidão de pena*—Vid. Consolid. Not. ao Art. 993 § 5.° Os que pensarem de outra maneira não podem com razão adoptar a decisão do citado Comment. Resolve elle, que a filiação natural declarada no testamento irrito não fica prejudicada, até porque a mencionada Ord. manda que a herança se-devolva aos herdeiros ab intestato, entre os quaes são os filhos naturaes; recebendo estes a herança em tal caso, não *ex vi institutionis*, mas *ex vi legis*.

Art. 213. A filiação natural materna prova-se pela certidão de baptismo, que produz o effeito de habilitação (8). (Art. 963)

Ora, como admittir nesta hypothese que o filho natural receba a herança *ex vi legis*, se a Lei de 2 de Setembro de 1847 quer o testamento para prova da filiação, e se não ha testamento se elle é irrito? Quando os filhos naturaes são validamente reconhecidos pelo pai em testamento, succédem como herdeiros ab intestado, como herdeiros necessarios, e não como herdeiros testamentarios. Tanto é assim, que, uma vez reconhecidos, succederião ao pai, ainda que este não os-instituisse herdeiros, ou instituisse outras pessôas.

Quanto ao testamento irrito só acho possivel a questão suscitada no caso de têr sido feito o testamento por pessôa liberta, e de revogar-se a alforria por fraude em prejuizo dos credôres do libertante. Neste caso o reconhecimento do filho natural certamente ficaria sem effeito.

O reconhecimento deve sêr directo ou especial para qualquer de seus effeitos? O citado Comment. Quest. 11ª resolve affirmativamente, tendo só em vista o effeito da successão; porém a doutrina ensina a negativa. Dado o acto de reconhecimento, seguem-se todos os seus effeitos legaes, salvo o que fôr prohibido como no caso do Art. 2° da Lei de 1847. A regra neste assumpto é a do Art. 1581 do Esboço do Cod. Civ.

O reconhecimento feito em escriptura publica, ou em testamento, póde sêr contestado? Sim, e não ha distincções á fazêr, como essas do citado Comment. Quest. 12.ª

O reconhecimento póde sêr feito em todo o tempo? Sim, e nisto estamos de perfeito accôrdo com o citado Comment. Quest. 14.ª

3.ª ED.

O Sr. Rebouças (Observ. pags. 62 á 66) parece aceitar minhas soluções ácima sobre a Lei de 2 de Setembro de 1847, não censurando nehuma dellas. Tambem aceito suas explanações corroborativas, particularmente sobre o Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1869, que foi obra minha.

(8) Prov. n. 29 de 23 de Fevereiro de 1848.
A filiação natural materna (*maternidade*) de pessôas não catholica prova-se por certidões extrahidas do registro dos

Art. 214. Não ha necessidade para essa filiação de provas, ou titulo de reconhecimento ; salvo no caso de manifesta duvida, ou no de occultação da maternidade, porque então se torna precisa a habilitação judicial (9).

Art. 215. O filho legitimado por matrimonio seguinte, contrahido entre seu pai e sua mãi depois do nascimento, reputa-se perfeitamente legitimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimonio fôsse celebrado (10).

---

nascimentos dessas pessôas—Arts. 31 e 45 n. 5° do Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

3.ª ED.

Não haverá prova da filiação natural materna por certidões de nascimento, dando-se o caso do Art. 52 do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, que assim dispõe: Podem sêr omittidos (no assento de nascimento), se d'ahi resultar escandalo, o *nome do pai, ou o da mãi, ou os de ambos*, etc.

(9) Av. n. 279 de 17 de Dezembro de 1853.

(10) Ord. L. 2° T. 35 § 12. É especial para a successão dos antigos bens da Corôa, mas, se a legitimação por subsequente matrimonio produzia effeito á respeito desses bens privilegiados, com mais razão applica-se aos bens communs. Tem sido este o nosso Direito. Estará comprehendida esta legitimação *per subsequens matrimonium* no Decr. de 2 de Setembro de 1847, dependendo a filiação natural, como nos mais casos, das provas de escriptura publica, ou de testamento? Será necessaria a prova de escriptura publica antes do casamento, para que os filhos primeiros concorrão á herança paterna com os legitimos? A solução negativa não nos-parece duvidosa, já que não vemos na Lei nova uma disposição em contrario, semelhante á do Art. 331 do Cod. Civ. Franc. O favôr da legitimação opera-se de pleno direito por bem da regra—*Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur*—.

É preciso para esta legitimação, que preceda o reconhecimento do filho? Pelo Direito actual a solução não póde deixar de sêr negativa—Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 22.ª

3.ª ED.

O Art. 215 deve sêr lido assim :—O filho legitimado por seguinte matrimonio entre seu pai e mãi depois do nascimento, feito em face da Igreja, ou fóra della por licença do Prelado ; reputa-se perfeitamente legitimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimonio fôsse celebrado—.

« Bem se-vê (Rebouças Observ. pag. 68), que não está na razão de servir de guia legal e judiciaria no caso exposto o que diz a Nota, á que estas observações se-referem. »

Bem se-verá, respondo agora, que não está na razão de servir de guia o que dizem as observações, á que esta réplica se-refere.

Per totum, a Lei de 2 de Setembro de 1847 nada tem com a legitimação por subsequente matrimonio, e se a-comprendêsse, fôra inutil distinguir os filhos assim legitimados. Se para taes filhos ha mister das provas reconhecitivas por escriptura publica ou testamento (não esse incognito de *testamento entre vivos* indicado pelo Sr. Rebouças), nada mais é necessario para os effeitos civis da illegitimidade assim remediada. Se a Lei de 2 de Setembro de 1847 foi feita para *filhos illegitimos*, se não foi feita para *filhos legitimos*; como applical-a aos legitimados por subsequente matrimonio, que a Ord. L. 2° T. 35 § 12 manda reputar *perfeitamente legitimos?*

Per Art. primum, nada tem a Lei de 2 de Setembro de 1847 com a legitimação por subsequente matrimonio; porque nesta jámais distinguio-se, entre filhos naturaes de nobres, e filhos naturaes de plebêos.

Per Art. secundum, nada tem a mesma Lei com a legitimação por subsequente matrimonio; porque nesta não ha concurrencia possivel entre filhos illegitimos e legitimos, uma vêz que o casamento dá-se com a propria mãi dos filhos nascidos antes delle.

Per Art. tertium, nada tem a mesma Lei com a legitimação por subsequente matrimonio; porque nesta o pai está vivo, attende-se á *direitos futuros* dos legitimados; ao passo que nos *outros casos*, de que falla o Art. 3° da Lei, o pai está môrto, e attende-se á *direitos adquiridos* pelos reconhecidos sem concurso de filhos legitimos do pai.

Art. 216. Verifica-se a legitimação por subsequente matrimonio, quando o filho é tal, que por Direito póde ser assim legitimado (11).

---

(11) Cit. Ord. L. 2º T. 35 § 12. Quaes são esses filhos, que—*por Direito*—podem sêr legitimados por seguinte matrimonio? A Lei não declara, e seus interpretes são divergentes. O caso é, que a Ord. exclue a generalidade, e não se-lhe-póde attribuir a amplitude do Direito Canonico. O matrimonio, se-diz, elevado á dignidade de sacramento, purifica toda a macula anterior. Mas, se a lei, em favôr do casamento e da legitimidade, póde cobrir o vicio do nascimento de um filho, e offerecêr meio de repara-lo, não deve comtudo sanccionar a obra do adulterio, e do incesto. Que serviço matar esta famosa questão com um rasgo de penna!

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 9º — O assento de casamento deverá contêr *necessariamente* declaração do numero, nomes, e idades, dos *filhos havidos antes do casamento, que ficarem por elle legitimados*.

O Art. 216 deve sêr lido assim:—Verifica-se a ligitimação por subsequente matrimonio, quando o filho fôr tal, que com direito possa sêr assim legitimado—.

Attrahido pelas famosas discussões sobre referir-se a Ord. L. 2º T. 35 § 12 ao Direito Romano, ou ao Direito Canonico, escrevi no têxto agora corrigido—tal que por Direito póde sêr assim legitimado—. Ora, sabem todos, que o *direito-lei* não é o *direito-faculdade*. O *direito-lei* o uso indica pela inicial grande, e o *direito-faculdade* pela inicial pequena. Na cit. Ord. vejo a inicial pequena, vejo-a precedida da preposição—*com*—, e não da preposição—*por*—. Resulta d'ahi, que a tão questionada Ord., nem referio-se ao Direito Romano, nem ao Direito Canonico; referio-se ao Direito genericamente, o qual, não sendo lei escripta, é assim authorisado pelo Direito Positivo em referencia *á razão—á razão natural*—, ou indicando indeterminadamente o *direito-faculdade*. Em referencia *á razão*, como na Ord. L. 4º T. 70 § 3.º Por indeterminada indicação do *direito-faculdade*, como nas Ords. L. 1º T. 9º § 12, L. 2º T. 1º § 13, e nesta questionada Ord. L. 2º T. 35 § 12. Eis porque o Art. 4º do Cod. Civ. Franc. não

admitte denegação de julgamento á pretexto de silencio, obscuridade, ou insufficiencia, da lei. Eis porque mui discretamente o Av. n. 146 de 4 de Maio de 1868 remata por esta verdade:—Não é licito sustentar o proposito de procedêr arbitrariamente no caso de deficiencia das leis do paiz—. Desta maneira, o Direito Positivo completa-se com o Direito engeral; gravado no coração de todos, ou suggerido pela razão; o Direito vale tanto como Direito-Positivo, já que este o-autorisa, reconhecendo seu manancial.

« Deploravel é (Rebouças Observ. pag. 69), que Jurisconsultos de grande nomeada suscitem duvidas onde não ha que duvidar, e as-deixem ficar irresolutas e pendentes de uma vêz para sempre, etc. »

A proficiencia dos Jurisconsultos não corresponde muitas vezes á sua grande nomeada, o mundo é injusto. Agora mesmo injustiça do Sr. Rebouças remoqueándo com o indubitavel de uma questão, aliás tão debatida por largos annos, aliás tormento de tão habeis Juristas! Gloria ao espirito atilado, se tão facilmente soube desatar a difficuldade! Decidão com justiça os leitôres.

No presuppôsto alternativo de referir-se a Ord. L. 2º T. 35 § 12 ao Direito Canonico ou ao Direito Romano, a minha criticada abstinencia não deixou de marchar tanto, quanto bastava para excluir o Direito Canonico.

Por certo, se, dado o casamento catholico-apostolico-romano, a Ord. não mandou indistinctamente que a legitimação por subsequente matrimonio fôsse um de seus effeitos civis, reservando-a unicamente para *filhos com direito á legitimarem-se por tal modo*; ahi temos a exclusão do Direito Canonico, ahi temos um antagonismo entre o Estado e a Igreja, ahi temos um *veto* parcial da causa (o casamento) pela negativa de um de seos effeitos (a legitimação subsequente).

Para os partidarios do Direito Canonico, á despeito das letras da Ord. L 2º T. 35 12, embora não tanto como o sabio Autôr do moderno Codigo Filippino, a questão não era *quid juris*, a questão redùzia-se ao *consummatum est* nella contido.

Isto percebeu o Sr. Rebouças no final periodo das suas Observ. pag. 71, para não seguir o Direito Canonico, e attribuir ao Direito Romano a referencia da Ord. L. 2º T. 35 § 12. Isto percebêrão Mell. Freir. L. 2º T. 5º § 16 Not., e Lobão em uma de suas Dissert. §§ 41 á 46, para seguirem o

Direito Canonico. Isto parece não têr bem percebido o Livro dos Dir. de Fam. § 109 e Not. 11 pag. 399, para seguir o Direito Romano corrigido pelo uso moderno; igual para elle ao Direito Canonico, salvo na designação dos gráos de parentêsco importando prohibição do casamento. Que variedade!

Para os partidarios do Direito Romano, *antigo* ou *moderno*, tanto-quanto áquem da canonica larguêza das dispensas matrimoniaes, figurão-se duas hypotheses oppostas nos effeitos civis. Dentro do Direito Romano o casamento de Direito Canonico, a causa com o seu effeito da legitimação da prole anteriôr.—Fóra do Direito Romano, a causa sem tal effeito. E todavia, pôsto que, em ambito mais estreito, a questão da legitimação *per subsequens* mostra-se reductivel á mesma questão da celebração do casamento.

Quanto ao Sr. Rebouças, se feliz sou em penetrar sua opinião, parece limitar a legitimação *per subsequens* aos filhos naturaes somente da Ord. L. 4° T. 92; entretanto que o Sr. Lafayette só exclúe os adulterinos, e os incestuosos. Nem tão pouco, nem tanto.

Nem tão pouco, porque, dizendo a Ord. L. 4° T. 92 princ. —*não havendo entre elles parentêsco, ou impedimento, por que não possão ambos casar*—, esta clausula colhe todos os impedimentos matrimoniaes, todos os dirimentes. A Ord. L. 2° T. 35 § 12, porém, não apresenta-se com tamanho rigôr, tem por typo o *direito de sêr legitimado*; e tal direito póde competir á filhos, cujos pais, não sendo impedidos no aspecto da legitimação, são impedidos no aspecto da Ord. L. 4° T. 92. Razão demais para não confundir os perfilhamentos da Lei de 2 de Setembro de 1847 com a legitimação por subsequente matrimonio, para não dizêr que nesta são indispensaveis os reconhecimentos paternos por escriptura publica ou testamento. Se assim fosse, já que qualquer impedimento matrimonial tira aos filhos naturaes a condição—*de soluto et ex soluta*—, em muitos casos impossibilitava-se a legitimação por subsequente matrimonio.

Não tanto, como seguio o Sr. Lafayette, porque, legitimação negada aos filhos *adulterinos* e *incestuosos* somente (*incestuosos* no sentido do Direito Ramano, ou dos Arts. 210 e 211 Consolid.), legitimação franca em todos os outros casos de subsequente matrimonio válido por Direito Canonico com dispensa de qualquer dos outros impedimentos.

Esta não foi a mente da Ord. L. 2° T. 35 § 12. Excluidos os filhos *adulterinos* e *incestuosos*, temos ainda os *sacrilegos*.

Apartados os impedimentos da *idade, impotencia, erro, condição, violencia*, e *rapto*, por alheios ao subsequente matrimonio; apartados os impedimentos da *disparidade de culto*, e da *clandestinidade*, porque a Ord. L. 2° T. 35 § 12 quer subsequente matrimonio em face da Igreja ou fóra della com licença do Prelado; restão os impedimentos do *crime*, e da *honestidade*, que não imprimem nos filhos qualificações analogas ás dos *adulterinos, incestuosos*, e *sacrilegos*; mas que racionalmente não lhes-dão *direito á serem legitimados*,— á podêrem sêr legitimados por seguinte matrimonio.

Quando o *crime* é duplo, *adulterio* e *homicidio*, a immoralidade acha remedio na exclusão dos filhos adulterinos, não assim quando só houve *homicidio* sem *adulterio*; e nada mais repugnante á razão e á moral, que legitimar filhos por antecipada obra de um *homicidio*, filhos de um pai matadôr, filhos de uma molhér ás vezes connivente no assassinato do seu primeiro marido.

Nada tambem mais repulsivo á razão e á moral, que legitimar filhos de *parentes illegitimos* nos mesmos casos em que o impedimento não se-dispensa para *parentes legitimos*.

Não ficão pois legitimados por seguinte matrimonio em minha hermeneutica:—1.° Os filhos adulterinos, incestuosos, e sacrilegos:—2.° Os filhos de pai e mãi, á cujo casamento obstavão os impedimentos do *crime* e da *publica honestidade*.

Se bem resolvo a questão, mostra-se em claro o erro dos que adduzem a Lei de 2 de Setembro de 1847 para a legitimação por subsequente matrimonio, dos que confundem filhos assim legitimados com os filhos naturaes da Ord. L. 4° T. 92. Para estes ultimos o reconhecimento paterno, *perfilhamento* ou *perfilhação* é sempre possivel, para os legitimaveis por subsequente matrimonio o reconhecimento paterno não é possivel em alguns casos. Para os perfilhados a vantagem da prova do reconhecimento paterno em testamento, ou escriptura publica; para os legitimados por subsequente matrimonio a vantagem da equação com os legitimos, a *presumpção de paternidade*. Esta ultima vantagem é importante, porque incumbe o onus da prova á quem denega a paternidade.—*Præsumptio relevat ab onere probandi eum cui assistit, et in adversarium probandi onus transfert*—.

Art. 217. Aos Juizes da primeira instancia compete concedêr cartas de legitimação aos filhos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos (12), e confirmar as adopções; precedendo as

---

(12) Regim. do Desemb. do Paço § 118, e Lei de 7 de Janeiro de 1750. Os filhos illegitimos insuccessiveis erão os naturaes de homem nobre, e os de coito damnado e punivel. Igualados pelo Art. 1° do Decr. de 2 de Setembro de 1847 os direitos hereditarios dos filhos naturaes dos nobres e dos plebêos, as cartas de legitimação referem-se aos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos.

« Os filhos naturaes (Rebouças Observ. á este Art.) reconhecidos por escriptura publica ou testamento tem provada essa qualidade para herdarem dos pais. Mas isso não os legitíma para gozarem das *honras e prerogativas* dos filhos legitimos.... Assim pois as cartas de legitimação não se-referem somente aos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos; continuão á referir-se aos filhos naturaes para tudo quanto erão impetradas e havidas antes da Lei de 2 de Setembro de 1847, independentemente de sêr para herdar ab intestato ou por testamento, etc. »

Esta censura accusa somente a omissão dos filhos naturaes á pretexto de que as cartas de legitimação os-habilitão para gozarem das *honras e prerogativas* dos filhos legitimos; não dando porém á percebêr que taes cartas possão habilita-los para herdarem dos pais, ainda que estes não os-tenhão reconhecido em escriptura publica ou testamento. Entretanto entendem outros (Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 25.ª) que a legitimação de filhos naturaes é titulo legal, para que succedão á seus pais, não obstante a falta de escriptura ou testamento, em que sejão reconhecidos.

Se acertei, ou não, na intelligencia da antiga legislação sobre essas cartas de legitimação, decide a simples leitura do § 118 do Regim. do Desemb. do Paço, que só falla de filhos de coito damnado, e de filhos naturaes de nobres; e não dos outros filhos naturaes, que erão os de plebêos.

Decide mais esta consideração: Se a legitimação tinha por fim concêder *honras e privilegios* (cit. Regim. § 118), taes honras e privilegios não tinhão os plebêos, para que podessem transmittir á seus filhos naturaes. E se tinha por fim

---

concedêr a successão de bens, os filhos naturaes de plebêos não carecião deste favôr em vista da Ord. L. 4° T. 92 pr..

O caso é, que, no ponto de vista da legislação actual, não sei, que utilidade resulta de taes cartas de legitimação para os filhos naturaes reconhecidos; e quanto aos não reconhecidos não posso admittir, que habilitem para a successão paterna.

Antigamente habilitavão essas cartas os legitimados para poderem gozar da nobreza, honras, liberdades, armas, e insignias, da casa paterna. Habilitavão tambem para admissão á cargos publicos, e para privilegios. Será isto possivel hoje em face da Constituição do Imperio Art. 179 §§ 14 e 16? Temos actualmente nobreza e honras transmissiveis á filhos? Se alguma cousa existe neste sentido, é apenas um vestigio do antigo regime, que ainda não foi extirpado em todas as suas consequencias.

Quanto á successão de bens, sem duvida os filhos naturaes a-conseguem perfeitamente pelo simples facto do reconhecimento de seus pais em escriptura publica ou testamento. Se seus pais não os-reconhecem por qualquer desses dois meios, certamente não podem succedêr por cartas de legitimação, quando a Lei de 2 de Setembro de 1847 Art. 3° declara, que não admitte outros meios. No caso do Art. 2° dessa Lei, se não houvér escriptura publica de reconhecimento antes do casamento do pai, nego, que uma carta de legitimação, anteriôr ou posteriêr ao casamento, possa habilitar o filho natural para concorrêr com os legitimos.

Seja como fôr, não tem sido possivel esquecêr as cartas de legitimação. « Os filhos espurios (diz a Interpretação de 29 de Abril de 1863 ao Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860) legitimados com habilitação para succedêrem, mesmo *ab intestato*, não estão isentos da taxa, em vista das disposições, á que se-refere o Art. 3° do Regul. de 16 de Dezembro de 1860, das quaes evidentemente se-deprehende, que a isenção só aproveita aos filhos, que são herdeiros necessarios, e não aos espurios.

3.ª ED.

Ultima resposta ás Observações de Rebouças pag. 75 sobre este Art. 217:

Se os filhos naturaes dos plebêos não entravão no § 118 do Regim. do Desemb. do Paço para adquirirem nobrêza, que

necessarias informações, e audiencia dos interessados, havendo-os (13).

---

seus pais não tinhão; e se, para succedêrem hoje nos bens de seus pais, só tem os meios da Lei de 2 de Setembro de 1847:

Se os filhos naturaes dos nobres estão actualmente no mesmo caso para sêrem herdeiros de seus pais:

Se não ha no Brazil nobrêza transmissivel:

Se o nome e a consideração da familia paterna nada valem para filhos, que mal se-conduzem:

Se na consciencia de homens de recto pensar, qual o meu nobre Censôr, deve cada um sêr filho de si mesmo pelas suas virtudes:

Para nada servem as antigas Cartas de legitimação, e provavelmente ninguem as-requer. (Vid. Introd. *supra* Not. 9).

Actualmente *perfilhação* e *perfilhamento* são palavras synonimas, porém outróra a *perfilhação* alludia ao reconhecimento paterno dependente de confirmação por Alvará ou Carta Regia; e perfilhamento indicava; tanto como *adopção*; o que pode-se vêr no Repert., e na Ord. L. 2º T. 35 § 12.

(13) Ord. L. 1º T. 3º § 1º, L. 3º T. 85 § 2º, Resol. de 17 de Janeiro de 1770, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1.º Com muita repugnancia transcrevi a disposição *supra* da Lei de 1828, porque hoje não podem haver legitimações *per rescriptum principis*—. Ellas erão uma graça do antigo Soberano, e uma dispensa na Lei, habilitando filhos illegitimos, que a mesma Lei declarava insuccessiveis. Foi uma inadvertencia dar-se tal attribuição ao Poder Judicial. As legitimações, e adopções, págão o imposto da Tabel. de 1841, § 38, e delle tratão a Decis. n. 76 de 10 de Julho de 1850, n. 258 de 29 de Outubro de 1851, e n. 236 de 18 de Outubro de 1852.

3.ª ED.

—*Confirmar as adopções*—o que comprehende, não só a *adopção* propriamente dita, que é a de pessoas *alieni juris*, como menores; senão tambem a *arrogação*, ou adrogação, que é adopção de pessôa *sui juris*, isto é, já no gôzo de sua capacidade civil. A *adopção*, imagem da legitimação, é remedio consolatorio dos que não tem filhos. Vid. Ord. L. 2º T. 35 § 12.

Art. 218. Não se-concedem as legitimações em prejuizo dos herdeiros legitimos, nem ellas tem a qualidade de restituição plenaria; mas sómente aproveitão, como simples dispensa (14).

Art. 219. A mãi é obrigada á criar de leite até trêz annos o filho, que não fôr nascido de legitimo matrimonio; quer seja natural, quer espurio (15).

Art. 220. Toda a outra despeza será feita á custa do pai, de quem a mãi poderá cobrar o que houvér despendido nos ditos trez annos (16).

---

(14) Prov. de 18 de Janeiro de 1799. A Resol. de Cons. do Desemb. de 17 de Janeiro de 1770 estabeleceu a doutrina de não se-passarem cartas de legitimação sem citação e consentimento dos herdeiros. Como nota judiciosamente Borg. Carn., deve-se isto entendêr sómente dos filhos legitimos, ou dos naturaes successiveis; e não dos outros parentes, salvo quando estes tem já direito adquirido á herança. É necessario nestes casos distinguir os herdeiros forçados (descendentes e ascendentes) daquelles que o não são. O direito dos herdeiros forçados preexiste antes do fallecimento do pai dos filhos illegitimos. O dos outros herdeiros começa desde o fallecimento, e esse direito assim adquirido é que não se-póde prejudicar, sendo que a legitimação se-requeira depois da morte do pai.

(15) Ord. L. 4º T. 99 § 1.º

(16) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 1.º

— *Á custa do pai*—: bem entendido, se por escriptura publica tivér reconhecido o filho natural; e tal é a consequencia do Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847, que não admitte outra prova da filiação natural paterna na hypothese de estar vivo o pai.

Se o filho fôr espurio, a disposição do têxto é inexequivel em Juizo. Não se-póde reconhecêr filhos espurios. Se para a filiação natural paterna a Lei quer a prova de escriptura publica, não se-póde suppôr, que fôsse indulgente para os filhos espurios, admittindo toda a casta de provas, e facilitando processos escandalosos.

Art. 221. Não tendo o pai faculdades para as despezas da criação dos filhos illegitimos, será a criação á custa da mãi; e dando-se o mesmo á respeito desta, recorra-se aos parentes, para que, se quizerem, os-mandem criar (17).

Art. 222. Os filhos illegitimos, naturaes ou espurios, estão no mesmo caso dos descendentes legitimos, para haverem dos pais a prestação de alimentos, guardando-se o disposto no Art. 168 (18).

Art. 223. Perdem porém o direito de sêr alimentados pelos pais, se casarem sem o seu consentimento em qualquer idade que tenhão; assim como incorrem na pena de desherdação, se á elles for applicavel (19).

Art. 224. Nem os filhos naturaes, nem os adoptivos, podem citar os pais, sem primeiro impetrarem licença ao Juiz da Causa (20).

---

(17) Ord. L. 1° T. 88 § 11.
Os parentes do pai não poderáõ sêr demandados para tal fim, se não houvér reconhecimento paterno por escriptura publica.

(18) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 1.°
E' aqui applicavel o que fica dito na Not. ao Art. 220, mas com esta modificação: Os filhos espurios não tem direito para obrigar seus pais á prestação de alimentos senão quando houvér sentença passada em julgado (não provocada por elles), que faça certa a filiação. Isto póde dar-se nos seguintes casos:
1.° Quando o filho fôr havido de casamento contrahido de má fé, que venha á sêr annullado pelos impedimentos de bigamia ou incesto:
2.° Quando se julgar, que o filho concebido por molhér casada não tem por pai o marido de sua mãi:
3.° Quando uma sentença, não susceptivel de sêr reformada, tivér por erro de facto, ou de direito, admittido uma investigação de partenidade, cujo resultado verifique uma filiação de coito damnado.

(19 Cit Ass. de 9 de Abril de 1772 § 3.°

(20) Ord. L. 3° T. 9° §§ 1° e 2.°

TITULO IV

DOS PARENTES

Art. 225. O patrio poder não compete aos avós, ou á outros ascendentes (1)

Art. 226. O avô, ou avó, que por fallecimento de um delles, e tendo-lhe ficado netos menores, não fizér inventario dos bens do casal dentro dos dois mezes marcados nos Arts. 180 e 196, incorre na pena de não lhes-poder succedêr (2). (Art. 1153)

Art. 227. Além disto ficará privada a avó do direito de requerêr a tutoria, ou curadoria, dos mesmos netos (3)

Art. 228. Quando os orphãos se-houverem de dar por soldada, não tendo elles mãis; serão preferidos tanto por tanto os avós, que os-quizerem (4). (Art. 272)

Art. 229. Não tendo avós, serão preferidos os parentes mais chegados até o quarto grão; precedendo em grão igual o da parte do pai, que for mais abastado (5). (Art. 272)

Art. 230. O direito reciproco á prestação de alimentos entre pais e filhos é extensivo á todos os ascendentes, e descendentes, recahindo a obrigação nos mais proximos em grão, uns em falta de outros (6).

---

(1) Ord. L. 4° T. 87 § 7.°
(2) Ord. L. 1° T. 88 § 8.°
(3) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 8.°
(4) Ord. L. 1° T. 88 § 13.
(5) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 13.
(6) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 §§ 1° e 4.°

Art. 231. Os irmãos são obrigados á alimentar os irmãos por todos e quasquer bens, que possuão; ou lhes-proviessem de ascendentes, ou de estranhos, ou fossem por elles adquiridos (7).

Art. 232. Cessará esta obrigação dos irmãos em todos os casos á ella applicaveis, em que cessa a dos pais e ascendentes para os alimentos dos filhos e mais descendentes (8).

Art. 233. Cessa muito especialmente, quando os irmãos, que pedem alimentos, se-tenhão sem justa causa apartado das casas dos irmãos, ou se tenhão casado sem licença dos pais (9).

Art. 234. Á respeito dos irmãos illegitimos cessará ainda mais a obrigação dos irmãos quanto aos alimentos, se esses illegitimos casarem sem consentimento delles depois de fallecidos os pais (10).

Art. 235. Depois dos irmãos, entre os transversaes dos gráos ulteriôres, não ha obrigação de alimentar, ou sejão legitimos ou illegitimos (11).

---

(7) Cit. Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 6.°
(8) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 6.°
(9) Cit. Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 6.°
(10) Cit. Ass. § 7.° O consentimento do irmão succesôr da casa dos pais allude aos bens de morgado, que já não existem entre nós.

3.ª ED.

Que o cit. Ass. de 1772 refere-se á todos os irmãos, vê-se da redação do Art. 234 á cima. Sua Nota justifica a omissão sóbre o consentimento do irmão successôr da casa paterna. Que (para mim) não existem no Brazil bens de morgado, provão meus commentarios ao Art. 73 *supra*.

Tal é minha resposta ás Observ. de Rebouças pags. 77 e 78 sobre este Art. 234.

(11) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 §§ 8.° e 9.°

3.ª ED.

Av. n. 240 de 5 de Junho de 1860—Primos ço-irmãos são os filhos de dois irmãos.

Art. 236. Só tem os parentes transversaes essa obrigação, se possuirem bens, que fossem do avô, ou de outro ascendente, os quaes bens já em vida destes achavão-se affectos ao onus real da divida dos alimentos para com os decendentes, que os-pedem (12). (Art. 1270 § 11)

Art. 237. Sem impetração de licença ao Juiz os descendentes não podem citar aos ascendentes, nem o genro ou nóra ao sogro ou sogra, nem o enteado ou enteada ao padrasto ou madrasta, emquanto durar entre elles a affinidade (13).

TITULO V

DAS TUTELAS, E CURATELAS

CAPITULO I

Dos Tutôres, e Curadôres, dos menores

Art. 238. O Juiz dos Orphãos dará Tutores e Curadores á todos os menores, no prazo de um mêz; que correrá do dia, em que ficarem orphãos (1).

---

(12) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 8.° É notavel esta disposição, convertendo em *direito real* um direito meramente pessoal.

Dever-se-ha entendêr, que é um caso de hypotheca legal? Hoje não é possivel pela recente Lei hypothecaria, que no Art. 6° denomina *onus real* o legado de alimentos expressamente consignado no immovel.

(13) Ord. L. 3° T. 9° §§ 1° e 2.°

(1) Ord. L. 4° T. 102 princ., Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 4.° Ainda mesmo em férias—Ord. L. 3° T. 18 § 5°, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3° § 3.°

Art. 239. Se o Juiz dos Orphãos fôr omisso no cumprimento deste devêr, o Juiz de Direito em correição promoverá sua responsabilidade, e dará os ditos Tutores e Curadores (2).

Art. 240. Os Tutores e Curadores dos menores são testamentarios, legitimos, ou dativos; e devem sêr admittidos na ordem, que se-segue (3):

Art. 241. Em primeiro logar, serão admittidos os Tutores e Curadores, que o pai ou avô deixarem em testamento a seus filhos e netos, a mãi á seus filhos, e o pai á seu filho natural (4).

3.ª ED.

Dizendo este Art. 238—em que ficarem orphãos—, seguese não devêr-se dar Tutor ou Curadôr á menores não orphãos, isto é, que têm pai. Esta determinação exceptua-se nos casos já indicados na Not. ao Art. 101 *supra*, com referencia á Ord. L. 1° T. 88 § 6° e aos Arts. 177 e 178.

Sub-tutôr (*subrogé-tuteur* do Direito Francez), á quem incumbe curar dos interesses do pupillo em opposição com os do Tutôr, não se usa nomear entre nós fixamente; mas por occasião superveniente de conflicto d'interesses, com o nome de tutôr *ad-hoc*, ou curadôr *ad-hoc*.

(2) Ord. L. 1° T. 62 § 32, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 4.° A pena de privação do officio, imposta pela Ord. L. 4° T. 102 princ. está substituida pela do Art. 154 do Cod. Crim., quando o caso assim o-exigir. Os Juizes de Paz tem obrigação de informar ao Juiz dos Orphãos ácerca dos menores, á quem fallecêr o pai—Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 5° § 11.

(3) Ord. L. 4° T. 102 §§ 1°, 5°, e 7°, e T. 104 § 6.° Esta nomenclatura tão comesinha é a cada passo empregada em nossas Leis—Ord. L. 1° T. 88 §§ 49 e 53, T. 89 § 4°, T. 104 princ., e § 1°, Alv. de 7 de Dezembro de 1689.

(4) Ord. L. 4° T. 102 §§ 1° e 2.°

3.ª ED.

« Curadores testamentarios (Rebouças Observ. pags. 78 e 79) de nomeação dos pais e avós á seus filhos, não se-devem

Art. 242. Para serem admittidos os Tutores e Curadores testamentarios, é necessario, que sua nomeação tenha sido feita em testamento valido e solemne; e que recáia em pessoas, que possão exercêr tal encargo (5).

Art. 243. Se fôrem deixados pelo pai, ou avô, não serão obrigados á prestar fiança alguma (6).

Art. 244. Quando fôrem deixados pela mãi á seus filhos, ou pelo pai á seu filho natural, devem sêr confirmados pelo Juiz; se entendêr, que são idoneos (7).

Art. 245. Em segundo logar, na falta de Tutores e Curadores testamentarios, serão admittidos os legitimos, á sabêr:

§ 1.° A mãi ou avó do menor, se o-quizerem sêr, vivendo honestamente, e não tendo passado á segundas nupcias (8).

---

confundir com os de nomeação testamentaria do pai á seu filho natural, ou deixado pela mãi em seu testamento á seus filhos; porque os primeiros não carecem mais que do reconhecimento do Juiz dos Orphãos, e todos os outros dependem da sua confirmação nos termos da Ord. citada. »

Se neste Art. 241 reuni todos os Tutôres e Curadôres testamentarios, lá está bem proxima nos Arts. 243, e 244, a desejada distincção.

(5) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 1.°

As pessoas que não podem exercêr tal encargo são as designadas no Art. 262, inclusive os *escravos*.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 1.°

Podem havêr circumstancias, em que o Juiz prudente deva exigir fiança por tornar-se suspeito o Tutôr testamentario. Depois de feito o testamento esse Tutôr póde mudar de condição, póde têr cahido em pobreza, póde ficar inimigo do testadôr. Póde-se dar contra elle algum facto de discredito, que até então não era sabido—Repert. das Ords. Tom. 2° pag. 437.

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 2.°

(8) Ord. L. 4° T. 102 § 3.° Conciliar esta Ord. com a do L. 1° T. 62 § 37, e § 112 do Regim. do Desemb. do Paço, tem sido o tormento dos Praxistas. O Alv. de 7 de Dezembro de 1689, recommendado pelo de 25 de Junho de 1695, resol-

§ 2.° Depois da mãi, ou avó, o parente mais chegado, que houvér no logar, ou seu termo, onde se-acharem os bens; nomeando o Juiz, e constrangendo á servir, se o menor tivér muitos parentes em igual gráo, aquelle, que fôr mais idoneo e habilitado (9).

Art. 246. A mãi, ou avó, deve obrigar-se perante o Juiz á administrar com fidelidade e zelo as pessoas, e bens, de seus filhos e netos; e á pedir, antes que se-casem, a nomeação de outros Tutores ou Curadores (10).

Art. 247. Devem outrosim renunciar o beneficio do Art. 782, e todos os direitos e privilegios introduzidos em favôr das molhéres (11).

Art. 248. Esta obrigaçao e renuncia far-se-hão por termo nos autos do inventario, e o Juiz o-assignará com tres testemunhas presentes ao menos; declarando uma dellas que assigna a rogo da Tutora, ou Curadora, se esta não soubér escrevêr (12).

---

via a questão com alguma obscuridade. Essa duvida ou antinomia cessou com a extincção do Desemb. do Paço, porém restão vestigios. A Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, o Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 6°, depois de dizêrem que os Juizes dos Orphãos—*déssem Tutôres em todos os casos marcados nas leis*—, accrescentárão inutilmente que tambem lhes-competia—*a entrega de bens de orphãos á sua mãi, avós, etc.*—, repetindo a disposição daquella Ord. L. 1° T. 62 § 37, e do § 112 do citado Regim. Outro vestigio é, que com differença das mais tutelas ha Provisões para essas da mãi e avó, as quaes pagão o imposto da Tabella de 16 de Outubro de 1850. Que razão hoje para tal singularidade?

(9) Ord. L. 4° T. 102 § 5.°

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 3.°

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 3.°

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 3.° A pratica hoje é diversa. Em processo apartado, que depois se-appensa aos autos de inventario (se bem que em um dos Cartorios desta Côrte não se-costuma appensar) a mãi ou avó presta justificação de sua idoneidade, a qual se-julga por sentença. Toma-se o termo de renuncia da chamada—*Lei do Velleano*—, e depois disto o termo da tutela em Livro para esse fim destinado, pago o imposto da Tebella annexa á Circ. de 16 de Outubro de 1850, e expedindo-se uma Provisão que transita na Chancellaria. Assim dessas tutelas, como das mais, lançadas no mencionado Livro, extrahe-se certidão, que junta-se aos autos de inventario. Pela Ord., e como vê-se de todos os formularios dos Praxistas, as tutelas deverião ser tomadas nos autos de inventario. Esse Livro de tutelas e curatelas, de que falla o Art. 27 § 5° do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, é um abuso contra a sabia providencia da Ord. L. 1° T. 88 § 3°, que ordenava o censo estatistico de todos os orphãos, com declaração de seus nomes, filiações, idade, residencia, e tutorias. O que é muito notavel nos Formularios dos Praxistas vem á sêr a nomeação dos Tutôres depois dos julgamentos das partilhas. Ora, sendo as partilhas tão demoradas, como conciliar essa antiga pratica com o disposto na Ord. L. 4°T. 102 princ., que manda dar Tutôr em trinta dias depois do fallecimento dos pais?

Art. 249. Não tendo a mãi ou avó bens de raiz sufficientes para segurança dos orphãos, prestarão fiança idonea e abonada, a qual será tomada e assignada nos inventarios com testemunhas, e valerá como escriptura publica (13).

---

(13) Ord. L. 4° T. 102 § 3.° O termo de fiança (nesta Côrte) toma-se no Appenso de que fallei. Tambem está em uso, em logar da fiança, hypothecar a mãi os bens de sua meiação, lavrando-se perante qualquer Tabellião a respectiva escriptura de hypotheca, outorgada e assignada pelo Curadôr Geral; inscrevendo-se essa escriptura no registro das hypothecas, e juntando-se tambem ao mencionado Appenso.

3.ª ED.

Parece approbatoria a observação do Sr. Rebouças sobre este Art. 249, transcrevendo, não sei para que fim, a citada Ord. L. 4° T. 102 § 3.°

Art. 250. Passando a segundas nupcias, a mãi ou avó serão removidas da tutela ou curatela; e não a-recobrão mais, ainda que viúvem (14).

Art. 251. Tambem prestaráõ fiança abonada os outros Tutores e Curadores legitimos, e além disto prestaráõ juramento por onde se-obriguem á zelar as pessoas dos orphãos, e administrar fielmente seus bens (15).

Art. 252. Poderá o Juiz permittir, que os Tutores obriguem seus proprios bens á essa fiança; posto que os bens estejão fóra do districto, onde a obrigação contrahirem (16).

Art. 253. Será dispensada a fiança, se esses Tutores e Curadores possuirem bens de raiz equivalentes á fortuna e ren-

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 102, §§ 3º e 4.º

(15) Ord. L. 4º T. 102 § 5.º O juramento é só exigido para os Tutôres e Curadôres legitimos, mas amplia-se esta obrigação á todos os Tutôres, reputando-se a tutela um cargo publico, e applicando-se a disposição da Ord. L. 1º T. 67 § 15. Exige-se entretanto o juramento no caso do Art. 259.

3.ª ED.

Alv. de 7 de Dezembro de 1689, excitado pelo de 25 de Junho de 1695—... por termo nos autos com fiadôr abonado, se o tal Tutôr o não for por seus bens de raiz, que possúa, em que os do Orphão rezoadamente possão têr segurança, como se-declara no § 5º da Ord. L. 4º T. 102—. Vid. Not. 23 ao Art. 258 *infra*.

(16) Alv. de 24 de Julho de 1713, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 9.º

3.ª ED.

A disposição á cima do Art. 252 já resultava da Ord. L. 4º T. 102 § 5º, dispensando a fiança do Tutôr abonado por seus bens de raiz, sem distinguir o logar da situação de taes bens.

das dos orphãos, ou se jurarem que não podem achar fiador; sendo elles pessoas de probidade, e dignas de confiança (17).

Art. 254. Emquanto houvér parente do orphão abonado para sêr Tutor, o Juiz não constrangerá á servir o que não for abonado, posto que mais proximo em grão (18).

Art. 255. O parente mais proximo, que se-escusar da tutela, não herdará os bens do orphão; se este viér á fallecêr antes de quatorze annos sendo varão, ou de doze annos sendo do outro sexo (19). (Art. 982 § 7º)

Art. 256. A escusa não produz este effeito de excluir da successão, quando o orphão fallecêr em idade superiór á designada no Art. antecedente (20).

Art. 257. Tambem não é applicavel esta pena á aquelles, que pela Lei (Art. 262) não podem sêr Tutores (21).

Art. 258. Em ultimo logar, na falta de Tutores ou Curadores legitimos, que sejão idoneos (22), obrigará o Juiz á servir um homem bom do logar, que seja abonado, discreto, e digno de fé; e entregar-lhe-ha o orphão, e todos os seus bens (23).

(17) Ord. L. 4º T. 102 § 5.º

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 5.º

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 6.º

(20) Cit. Ord. L. 4º Tit. 102 § 6.º

(21) Ord. L. 4º T. 104 § 5.º

(22) Ord. L. 4º T. 102 § 5º *in fin*.

(23) Cit. Ord. L. 4º Tit. 102 § 7.º Alguns entendem, que os Tutôres dativos não devem prestar fiança, visto que este § 7º não a-exige. Da leitura do Alv. de 7 de Dezembro de 1689 colhe-se uma solução affirmativa—ibi—*e aos estranhos por termo nos autos com fiador abonado, se o tal Tutôr o não fôr por seus bens de raiz, que possúa, em que os do orphão razoadamente possão ter segurança*—.

Art. 259. Tendo o orphão bens em diverso districto, deprecar-se-ha ao Juiz competente, para que os-faça descrevêr, e entregar á um Curador capaz, e juramentado, que delles cuide, e dê conta; do que o Juiz deprecado enviará resposta, para se-fazêr declaração no inventario (24).

Art. 260. Os Tutores e Curadores dativos não serão obrigados á servir mais que dois annos continuos, contados do dia, em que a administração começar (25).

Art. 261. Querendo esses Tutores e Curadores continuar além dos ditos dois annos, o Juiz annuirá, emquanto bem servirem (26).

Art. 262. Não podem ser Tutores e Curadores (27)

3.ª ED.

O despacho, que obriga á assignar termo de tutela, tem a pena de prisão? Até quando se-extende a prisão?

Questão tratada no *Direito* (Rev. de 1875 Ann. 3.º Maio á Agosto pag. 626), e ahi resolvida por affirmativa; dizendo-se devêr durar a prisão, até que o nomeado assigne termo; *ad instar* de outras penas civis nos casos, que aponta.

Não me-parece acertada esta solução, porque a interpretação *a simili* não cabe em materia penal—*Pœnæ ad alios casus, quam expressos, extendi non debent*—. Applique-se logo a prisão nos casos apontados, porque a lei expressamente o-decreta; não assim no caso em controversia, porque não ha lei, que a-decrete; e porisso os Praxistas, e a Consolid., guardarão silencio. Não ha paridade entre obrigações liquidas *de dar*, e obrigações illiquidas *de fazêr*, cujo effeito só é a indemnisação de pêrdas e interesses. No caso sujeito a sancção só pode sêr a do Art. 128 do Cod. Pen., processado o desobediente pelos meios regulares.

(24) Ord. L. 4º T. 102 § 8.º Esta disposição acha-se *ipsis verbis* repetida no § 24 da Ord. L. 1º T. 88.

(25) Cit. Ord L. 4º T. 102 § 9.º

(26) Ord. L. 4º T. 102 § 10.

(27) O que se-legisla sobre os Tutôres é applicavel aos Curadôres, nos termos da Ord. L. 4º T. 104 § 6.º

§ 1.º As molhéres, excepto as mãis e avós, nos termos do Art. 245 § 1.º (28), e nos casos dos Arts. 312 § 1º, e 325:

§ 2.º Os menores de vinte e um annos, ainda que tenhão supplemento de idade (29):

§ 3.º Os loucos, os prodigos, e os impedidos por qualquer impedimento perpetuo (30):

« Este Art. (Rebouças Observ.), referindo-se ao § 1º da Ord. L. 4º T. 102, não mencionou, como ella expressamente contempla, o *escravo* e o *infame*, etc. »

Não mencionei o *escravo*, porque na 1.ª Edição omitti tudo que pertencia á escravos, o que agora vai supprido. Escravos não podem sêr tutôres, ou curadores, ainda que nomeados em testamento; mas a Ord. L. 4º T. 102 § 1º nesta parte póde sêr conciliada com o Dir. Rom., entendendo-se que a prohibição refere-se á escravo, que não pertença ao testadôr. Pertencendo ao testador, a momeação é valida, porque importa uma concessão tacita de alforia—Inst. § 1º *qui test. tut. dar. pos.*, L. 10 § ult., e L. 32 § 2.º Dig. *de testam. tut.*

Não mencionei o *infame*, porque pelo antigo Direito a palavra *infamia* tinha um sentido especial, designando uma pena criminal, ou effeito dessa pena; havendo pois uma *infamia de feito* por contraposição á *infamia de direito*—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1º T. 34 § 287, e Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 244.

3.ª ED.

Av. de 15 de Agosto de 1831—Estrangeiros não podem sêr tutôres dativos. (Não vem na Collecção do Ouro Preto) Vid. Not. 231 da Introducção *supra*.

Av. de 8 de Junho de 1837—Menores herdeiros de estrangeiros, uma vez brazileiros, devem têr *Tutôr* brazileiro, e não estrangeiro.

(28) Ord. L. 4º T. 102 § 3º *in fin.*

(29) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 1º, e T. 104 § 3º, Resol. de 31 de Outubro de 1831.

(30) Ord. L. 4º T. 102 § 1.º

3.ª ED.

Impedidos neste caso por impedimento perpetuo são os *surdos e mudos*, e os *cégos*—Per. de Carv. Linh. Orphan. § 127,

§ 4.° Os Religiosos (31):

§ 5.° Os inimigos do menor (32):

§ 6.° Os pobres ao tempo do fallecimento do testadôr (33):

§ 7.° Os Doutôres em Leis, Canones, ou Medicina (34).

Art. 263. Podem escusar-se (35):

§ 1.° Os que tiverem á seu cargo cinco filhos legitimos, ou cinco netos, de um ou outro sexo ; contando-se neste numero os que morrêrão na guerra, ou indo para ella (36):

§ 2.° Os Desembargadôres, Juizes de Direito, e Juizes Municipaes (37):

Borges Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 28 § 246 ns. 8 e 10, Miscell. de Rodrigues pag. 60. Vid. Not. ao Art. 993 § 4°.

(31) Ord. L. 4° T. 102 § 1.°

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 102 § 1.° Os *padrastos* tem sido sempre excluidos, mas o § 112 do Regim. do Desemb. do Paço os-admittia.

(33) Cit. Ord. L. 4.° T. 102 § 1.° Sendo já pobres em vida do testadôr, é certo que mesmo assim merecêrão sua confiança. Das tutelas legitimas não são excluidos no caso do Art. 253.

(34) Ord. L. 4° T. 104 § 5°, a qual manda que não sejão admittidos, supposto queirão sêr Tutôres. Não se-observa esta disposição, nem tão pouco a outra, que supprimi, relativa á exclusão dos Fidalgos e Cavalleiros.

(35) A Ord. L. 4° T. 104 envolve as escusas *(escusa voluntaria)* com a incapacidade *(escusa necessaria)*. Estabelece *in princ.* a regra de que as escusas *por privilegios* só eximem da tutela dativa, e não da testamentaria, nem da legitima ; o que hoje é inutil, porque taes privilegios não podem existir (Art. 179 § 16 da Const.), á não serem ligados aos cargos por utilidade publica. Vejão-se em Per. de Carv. Linh. Orphan. Not. 259 varios casos de escusas, que não tem mais applicação.

(36) Ord. L. 4° T. 104 princ.

(37) Ord. L. 4° T. 104 § 1.° São os funccionarios, que actualmente correspondem aos da antiga organisação.

§ 3.° Os Escrivães, Procuradôres, Contadôres, Carcereiros, Porteiros, e mais Officiaes de Justiça (38):

§ 4.° Os Empregados das Repartições de Fazenda (39):

§ 5.° Os Vereadôres das Camaras, menos quando ja tiverem as tutorias antes de sua eleição (40):

§ 6.° Os maiores de setenta annos (41):

§ 7.° Os impossibilitados por enfermidade, emquanto esta durar (42):

Art. 264. Tanto se deve nomear Tutores aos orphãos ricos como aos pobres ; e aos expostos, logo que completem sete annos (43).

Art. 265. Sendo os orphãos de tenra idade, dar-se-hão á criar á suas mãis, se as tiverem ; emquanto ellas não casarem, nos termos do Art. 188 (44).

Art. 266. Quando os orphãos tiverem bens seus, á custa delles far-se-ha toda a despeza da criação segundo o costu-

---

(38) Cit. Ord. L. 4.° T. 104 § 1.°

(39) Cit. Ord. L. 4.° T. 104 § 2.°

(40) Cit. Ord. L. 4° T. 104 § 1.°

(41) Cit. Ord. L. 4° T. 104 § 3.°

(42) Cit. Ord. L. 4° T. 104 § 4.°

(43) A Ord. L. 4° T. 102 princ. manda dar tutôres á todos os menores. A do L. 1° T. 88 § 3° manda, que haja um Livro (o que hoje não se-observa) onde sejão inscriptos todos os orphãos existentes na Cidade, Villa, ou logar. Esse Livro, que se-chamava das—*Tutelas*—porque não havia orphão nelle inscripto sem tutôr, tem entre nós a mesma denominação; mas não é o cadastro dos orphãos. Serve para se-lavrarem os termos das tutelas, e, já se-sabe, dos orphãos que possuem bens.—*Autos de pobreza*—é cousa, que não se-conhece em nosso fôro. Quanto aos *expostos*, o Alv. de 31 de Janeiro de 1775 §§ 1°, 3°, e 7.°—*Porque conste* (diz o § 3°) *que delle se-tomou conta, que se-he-deu tutôr, e está comprehendido na Relação Geral dos Orphãos do respectivo Termo*. Vid. Prov. de 22 de Fevereiro de 1823.

(44) Ord. L. 1° T. 88 § 10.

me do logar ; e mesmo a de leite, se desta fôr revelada a mãi pelas razões declaradas no Art. 189 (45).

Art. 267. A' respeito dos orphãos que não tivérem bens, e dos que não fôrem de legitimo matrimonio, procedêr-se-ha na conformidade dos Arts. 190, 219, 220, e 221 (46).

Art. 268. Os que criarem orphãos gratuitamente antes dos sete annos não pagão soldada até esta idade, e podem com faculdade do Juiz servir-se delles por outro tanto tempo sem a pagarém (47).

Art. 269. Os que os-criarem gratuitamente, e os-mandarem ensinar a lêr e escrevêr, podem conserval-os até a idade de dezeseis annos sem obrigação de estipendio (48).

Art. 270. A disposição do Art. 268 é applicavel aos Tutores em compensação das despezas, de que não levarem paga (49).

Art. 271. Tendo os orphãos a idade de sete annos, o Juiz dá-los-ha por soldada, ou á quem se-obrigue á casal-os, precedendo annuncio por prégão na audiencia (50).

---

(45) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 10.
(46) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 10 *in fin.*, e § 11.

3.ª ED.

A inopia dos orphãos, e menores em geral, póde reduzil-os á miseria prevista no Art. 62 do Regul. n. 1331 de 17 de Fevereiro de 1854, e amparada pelo Regul. n. 5849 de 9 de Janeiro de 1875 sobre o Asylo dos Meninos Desvalidos.

(47) Ord. L. 1º T. 88 § 12, e L. 4º T. 31 § 8.º
(48) Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 7.º
(49) Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 1º.
(50) Ord. L. 1º T. 88 § 13. Esta providencia não está em uso, se bem que della trata a Port. de 19 de Janeiro de 1835. Os orphãos pobres são remettidos para os arsenaes—Regul. de 21 de Fevereiro de 1832 Art. 49, Decr. de 11 de Julho do mesmo anno, Port. de 23 de Agosto de 1834, Decr. de 29 de Dezembro de 1837. As orphãs são dadas á serviço pelos Jui-

Art. 272. No prégão não se-designarão os nomes dos orphãos, nem suas filiações ; e o Juiz fará os contractos particularmente, preferindo quem maior soldada offerecêr ; e tanto por tanto as mãis, emquanto permanecêrem na viuvêz ; os avós, e os parentes, como já está determinado nos Arts. 198, 228, e 229 (51).

Art. 273. Se os orphãos fôrem filhos de lavradôres, serão dados com preferencia á outros lavradôres para serviços agricolas ; praticando-se o contrario, serão responsaveis o Juiz e o Tutor (52).

Art. 274. Essas locações de serviços serão reduzidas à termo nos autos de inventario, e excedendo de tres annos e da quantia de 180$000 rs. serão celebradas por escripturas publicas, onde se-declarem todas as condições do ajuste, prestando os locatarios fiadôres idoneos (53).

Art. 275. Os expostos serão reputados como quaesquer outros orphãos, o Juiz poderà distribuil-os pelas pessoas que os-quizerem, até completarem doze annos ; sem vencerem

---

zes (o que succede raras vezes) independentemente de concurrencia de licitantes.

(51) Ord. L. 1º T. 88 § 13. Este prégão especial sem declaração dos nomes e filiações dos orphãos devia minorar o odio, que sempre houve, contra semelhante procedimento, á pretexto de rebaixar a dignidade do homem livre.

(52) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 13. Tudo isto acha-se em desuso, e mesmo não é applicavel ao Brazil.

(53) Ord. L. 1º T. 78 § 10, T. 88 § 13, e T. 89 § 5.º A taxa de 60$000 rs. foi triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814. O Alv. de 30 de Outubro de 1793, que elevou a taxa dos contractos no Brazil, não tem applicação neste caso, que não é de convenção entre particulares. Não envolvo aqui as locações de serviços de estrangeiros menores, que tem suas regras privativas na Lei de 11 de Outubro de 1837.

outro algum ordenado, que o da educação, sustento, e vestido (54).

Art. 276. Deve têr o maior cuidado com a sũa educação, e accommodação; mandando ensinar-lhes os officios e artes á que fôrem mais inclinados (55).

Art. 277. No logar, onde o orphão tem seu Tutor ou Curador, ninguem póde toma-lo, ou servir-se delle, senão sendo-lhe dado pelo mesmo Tutor com autorisação do Juiz (56).

Art. 278. Fóra do logar, onde estivér o Tutor ou Curador, quem tomar o orphão pagar-lhe-ha o que merecêr de soldada (57).

Art. 279. Nem o Juiz dos Orphãos, nem o respectivo Escrivão, podem tomar para si por soldada, ou por outro titulo, orphão algum de sua jurisdicção, ainda que fação melhor partido; pena de responsabilidade (58).

Art. 280. Se os orphãos pela sua qualidade não devêrem ser dados á soldada, o Juiz assignará uma quantia annual para seus alimentos, a qual deixará em mão dos Tutores para lhes-ser levada em conta (59).

---

(54) Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 4.°

(55) Cit. Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8.°

(56) Ord. L. 1° T. 88 § 18.

(57) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 18.

(58) Cit. Ord. L. 1° T 88 § 14, e T. 89 § 8.° Antigamente o Desembargo do Paço dispensava essa prohibição, como vê-se no Alv. de 24 de Julho de 1713; porém a Lei de 22 de Setembro de 1828 é omissa á tal respeito.

(59) Ord. L. 1° T. 88 §§ 15 e 38.

O Juiz deve taxar a despeza annual do orphão, não por si só, mas com os partidores—cit. Ord. § 38.

Art. 281. Manda-los-ha ensinar à ler e escrever até a idade de doze annos, e dahi em diante lhes-ordenarà sua vida e ensino conforme sua qualidade e fazenda (60).

Art. 282. Se o orphão fôr filho de official mecanico, aprenderà o officio de seu pai, ou outro para que seja mais apto (61).

Art. 283. O Tutor em tal caso, com autoridade do Juiz, contractarà por escriptura publica com mestres, que ao ensino se-obriguem em prazo determinado, estipulando-se hypotheca reciproca de bens (62).

Art. 284. Os bens dos orphãos serão entregues aos Tutores e Curadores, depois de inventariados e avaliados; à fim de darem conta delles pelas avaliações, no caso de os-gastarem, ou damnificarem (63).

Art. 285. Quanto aos moveis de que os orphãos se-servirem os Tutores não são obrigados à restitui-los senão no estado em que se-acharem. (64) (Art. 176)

Art, 286. Os outros bens moveis serão vendidos, se assim conviér. A venda far-se-ha em hasta publica (65).

Art. 287. Os immoveis em caso nenhum serão vendidos, salvo por tal necessidade que se não possa escusar (66).

Art. 288. Sendo necessaria a venda dos immoveis, alienar-se-ha a propriedade menos proveitosa; e de outra maneira a

---

(60) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 15, e Regul. n. 831 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8°, coherente com o § 36 da Ord. L. 1° T. 62.

(61) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 16, e T. 62 § 36.

(62) Ord. L. 1° T. 88 § 16.

(63) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 4° *in fin.*, e § 5°, L. 4° T. 102 princ.

(64) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 5° *in fin.*

(65) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 25.

(66) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 26.

venda serà nulla, e o Tutor ou Curador, assim como o Juiz, pagaráõ o damno, que d'ahi resultar (67).

Art. 289. Os Tutores devem arrendar os immoveis com autorisação do Juiz, e taes arrendamentos tambem serão feitos em hasta publica á quem mais dér (68).

Art. 290. Não sendo os bens proprios para serem arrendados, ou não se podendo arrendar com vantagem, os Tutores ou Curadôres devem administral-os, e aproveita-los (69).

Art. 291. Os Tutores e Curadores não podem, por si ou por outrem, comprar bens moveis ou immoveis de seus pupillos e administrados, ainda que a venda se-faça em hasta publica; pena de nullidade, além de serem criminalmente accusados (70). (Art. 109, e 585 § 2°)

Art. 292. Não podem mesmo havêr esses bens em tempo algum por qualquer titulo, ainda depois de não serem Tutores, salvo por via de sucessão (71).

---

(67) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 26, Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.° Se os moveis dos orphãos devem sêr vendidos em hasta publica, está claro que os immoveis não pódem sêr vendidos de outra maneira.

(68) Ord. L. 1° T. 88 § 23, e L. 4° T. 43 § 6.°.
Deve-se entendêr por *arrendamento* a locação de immoveis por tempo determinado. Locação sem tempo determinado os Tutôres podem fazêr sem licença do Juiz, e isto entra nas faculdades de sua administração.
A lei não previne a locação de bens moveis, pois que manda conserva-los, ou vendê-los, se assim conviér (Art. 286); mas póde convir aluga-los, como acontece com os escravos, e estas locações tambem podem os Tutôres fazêr sem licença do Juiz.

(69) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 23.

(70) Ord. L. 1° T. 88 § 29, Cod. Crim. Art. 147, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6.°

(71) Ord. L. 1° T. 88 § 29.

Art. 293. Igual prohibição se-faz ao Juiz e Escrivão dos Orphãos, e aos Juizes de Direito em correição; contra os quaes procedêr-se-ha criminalmente, quando comprem, por si ou por outrem, bens de orphãos, ou recebão e tenhão em seu poder dinheiro ou cousa que dos orphãos seja (72). (Art. 439, e 585 § 3°)

Art. 294. E' obrigação dos Tutores ou Curadores recolherem logo ao Cofre dos Orphãos todo o dinheiro dos menores, ou herdado, ou proveniente da cobrança de dividas, ou de rendimentos dos bens (73)

---

(72) Ord. L. 1° T. 62 § 38, T. 88 § 30, T. 89 § 8°, Cod. Crim. Art. 146, o qual diz—*em todo o caso a acquisição será nulla*—; e cit. Regul. n. 836 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6.°

3.ª ED

Procede a prohibição da Ord. L. 1° T. 88 § 30 quanto ao Escrivão de Orphãos, que não funccionar no inventario, á que pertencêrem os bens? Entendo que sim.

(73) Ord. L. 1° T. 62 § 31, T. 88 §§ 31 á 44. As disposições sobre a escripturação do Cofre, seu Thesoureiro, que a Ord. chama *Depositario*, e sua fiscalisação, não pertencem á legislação civil. Vid. Alv. de 7 de Dezembro de 1689.

3.ª ED

Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 6.°—Nas Cidades, Villas, e Coselhos, em que não houvér Deposito Publico, o *Cofre* de trêz chaves, determinado pela Ord. L. 1° T. 88 § 31, e c.
Av. de 8 de Julho de 1833—Sobre a nomeação interina do Thesoureiro do *Cofre dos Orphãos* pelos respectivos Juizes.
Circ. n. 118 de 30 de Abril de 1855—Instrucções para a entrega dos *dinheiros de Orphãos*, pelos Collectôres, e Administradôres de Mesas de Rendas.
Av. n. 233 de 13 de Julho de 1857—Nos logares, onde não houvér quem se-preste com fiança á sêr Thesoureiro de Orphãos, seja commettida aos Collectores das Rendas Publicas

Art. 295. Tambem devem recolher ao Cófre todo o ouro, prata, joias, e pedras preciosas; com declaração individual das peças, e do seu peso e valor (74).

Art. 296. O dinheiro dos orphãos não deve sahir do Cofre, salvo para com elle se-comprarem bens de raiz, para despezas necessarias, ou para entregar-se aos orphãos tendo che-

---

a guarda dos respectivos Cofres, emquanto por Lei outra cousa se não determinar.

Av. n. 319 de 15 de Julho de 1863—A despeza com os Livros para escripturação da receita do Cofre dos Orphãos deve sahir dos bens dos mesmos.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 55— O peculio do escravo, recolhido ao Thesouro Nacional, e ás Thesourarias de Fazenda, será equiparado á *dinheiro de Orphãos*.

« Quem quer que seja (Rebouças Observ. pags. 80 e 81) o leitôr da Nota á cima reconhecerá que o autôr se-constituira na necessidade de o-demonstrar, etc. »

Demonstrar o que? Que tive razão para não consolidar as disposições sobre a escripturação do Cofre dos Orphãos, seu Thesoureiro, e sua fiscalisação? Que a-tive, reconhece o Sr. Rebouças nas ultimas cinco linhas da sua observação. Em vêz de citar somente no § 34 a Ord. L. 1° T. 88, como na 2.ª Ed.; agora a-cito com os §§ 31 á 44, comprehensivos de todas as providencias sobre a Arca, que reputei não pertinentes á legislação civil. O Alv. de 7 de Dezembro de 1689 foi apenas recommendado á leitura, e não importa sua causa occasional do conflicto entre o Provedôr de Residuos e Juiz de Orphãos da Cidade de Lisbôa, contendo, como contém, disposições susceptiveis de generalisação.

(74) Ord. L. 1° T. 88 § 35.

3.ª ED.

Av. n. 45 de 12 de Julho de 1844—A arrematação da *moéda e outras preciosidades* dos Orphãos deve sêr nos districtos dos respectivos Juizos, e sob sua inspecção, e ordens.

gado á idade legitima, ou obtido supplemento della, ou tendo casado (75).

Art. 297. Tambem sahirá do Cofre para sêr emprestado ao Governo, porém não poderá ser emprestado á particulares (76).

---

(75) Ord. L. 1° T. 88 § 37. A palavra *emancipados* deve-se entendêr como está no Art., pois que se-confundia a emancipação com o supplemento de idade, segundo vê-se no final do § 3° da Ord. L. 3° T. 9°. Não está mais em uso empregar o dinheiro dos orphãos em bens de raiz. Emprestava-se á particulares com os juros da lei antes do Governo tomar a deliberação autorisada pelo Art. 6° § 4° do Decr. de 13 de Novembro de 1841. O § 23 da Ord. L. 1° T. 88 prohibia o emprestimo á juros sob as falsas idéas da—*usura*—, o que cessou depois do Alv. de 17 de Janeiro de 1757, e de 6 de Agosto do mesmo anno que revogou o de 30 de Outubro de 1756. Supprimo por inutil a disposição do § 25 da mesma Ord. sobre as cautelas na compra de bens de raiz para os orphãos.

Mas o dinheiro dos orphãos póde sêr empregado em Apolices dos fundos publicos—Port. de 31 de Março de 1846. Isto se-deve entender (palavras desta Port.) nos casos, em que o dinheiro de um só orphão fôr sufficiente para tal emprego, e não para se-comprar uma ou mais Apolices com quantias pertencentes á diversos menores.

3.ª ED.

Tão inutil me-pareceu o disposto no § 25 da Ord. L. 1° T. 88, como agora fôra inutil abundar nas observações do Sr. Rebouças á este Art. 296. Repetições ociosas do que eu disse, sem laivos de critica, em nada contribúem para melhoramento dos meus trabalhos.

(76) Decr. n. 231 de 13 de Novembro de 1841 Art. 6° § 4°, Instrucç. n. 51 de 12 de Maio de 1842, Ord. n. 119 de 21 de Outubro do mesmo anno, Ord. n. 120 de 5 de Dezembro de 1844, n. 113 de 11 de Outubro de 1845, n. 12 de 24 de Janeiro de 1848, n. 33 de 28 de Fevereiro do mesmo anno, n. 141 de 30 de Setembro de 1850, n. 93 do 1° de Abril de 1852. A moeda metallica e preciosidades devem sêr arrematadas, entrando para o Thesouro ou Thesourarias as quantias liquidas

Art. 298. Os Tutores e Curadores, testamentarios, legitimos, e dativos, vencem pelo trabalho da sua administração a vintena do que os bens rendêrem, não excedendo de 50$000 réis annualmente (77).

---

em moeda corrente—Av. n. 45 de 12 de Julho de 1844. Vid. Regul. das Correições n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 9.°

3.ª ED.

Lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854 Art. 13—Fica reduzida á cinco por cento a taxa do juro do *emprestimo do Cofre dos Orphãos*, e a receita proveniente deste emprestimo será escripturada sob o titulo—operações de credito—:

Av. n. 59 de 8 de Fevereiro de 1855—Para vigorar essa nova taxa de juro do 1° de Julho desse anno:

Av. n. 421 de 17 de Dezembro de 1864—Nas requisições para entrega de *emprestimos do Cofre dos Orphãos* deve-se declarar o que pertence á capital e á juros:

Av. n. 396 de 23 de Setembro de 1868—Os juros dos emprestimos dos Cofres dos Orphãos são contados e pagos até o tempo, em que estes entrão na maioridade, ou se-emancipão, como dispõe a Ordem do Thesouro n. 290 de 20 de Julho de 1863:

O mesmo Av.—Pelas Instrucções n. 51 de 12 de Maio de 1843 as quantias arrecadadas no Juizo de Orphãos são remettidas immediatamente aos Cofres Publicos, á fim de sêrem escripturadas pela fórma estatuida nas mesmas Instrucções:

Av. n. 473 de 11 de Dezembro de 1874—Os dinheiros de Orphãos só pelo Governo podem sêr tomados por *emprestimo*.

(77) Ord. L. 1° T. 88 § 53. A vintena é 5 por cento, vigesima parte do rendimento liquido, e não 20 por milhar, ou 2 por cento, como quer Borg. Carn. Tom. 3° pag. 152. Os 50$000 rs. não forão triplicados pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814, que só tratou das penas e multas, alçadas, e taxas. Esta intelligencia é confirmada pelo Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 2.°.

«O Alv. de 16 de Setembro de 1814 (Rebouças Observ. á este Art.) depois de dizêr que sua disposição se-observará tambem nas taxas, que exemplificou; manda, que se-observe

Art. 299. Não receberáõ a dita vintena senão por alvarás assignados pelo Juiz, e não podem havel-a das soldadas, que o menór ganhar (78).

Art. 300. Se aos Tutôres e Curadôres se-deixar premio em testamento, premitte-se a opção do premio ou da vintena (79).

---

em todas as mais da Lei, em que não tivér havido determinação especial e ulterior á ellas, etc.»

E' duvidoso, se a vintena da Ord. L. 1° T. 88 § 53 está comprehendida neste Alv.; e tanto assim, que Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 309, tendo escripto depois do Alv., diz, que a vintena não póde exceder á 50$000 rs. annuaes; seja qual fôr o rendimento dos bens, e o trabalho da administração.

Bem sei, que pela mudança dos tempos esse premio dos tutôres e curadôres deve sêr augmentado, mas o caso é que o não tem sido, e que o Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 assim o suppõe. E' forçada a intelligencia, que o Sr. Rebouças dá á esse Decr., o que todos confirmaráõ por simples leitura. O Decr. não cogitou da differença do valôr da moeda, nem a porcentagem que marca aos curadôres de bens de defuntos e ausentes no valôr de 400$000 rs. annuaes corresponde á essa supposta differença do valôr da moeda, com a elevação dos 50$000 rs. da Ord., ou ao tresdobro do Alv. de 1814. O Decr. refere-se ao premio da Ord., não quanto ao limite delle elevado ao tresdobro pelo Alv., mas quanto ao modo de calcula-lo na razão de 5 °/₀ do rendimento liquido.

3.ª ED.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 83, 84, e 85) na elevação dos 50$000 rs., limite da vintena dos Tutôres e Curadôres dos orphãos, não sei se á 150$000 rs., ou aos 400$000 do Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848. Pois bem, convenho na elevação, e opto pela dos 150$000 rs. A dos 400$000 rs. é privativa dos Curadôres de bens de defuntos e ausentes, não póde sem lei ulterior sêr ampliada aos Tutôres e Curadôres dos orphãos.

(78) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 53.

(79) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 53.

Art. 301. Deve-se tomar contas aos Tutores ou Curadores, testamentarios, e legitimos, de quatro em quatro annos; e aos dativos, e á mãi ou avó, de dois em dois annos (80).

Art. 302. A' uns e á outros tomem-se contas no fim das tutorias ou curadorias, e bem assim quando se-tornarem suspeitos de má administração (81).

Art. 303. Devem-ser removidos todos os Tutores ou Curadores, que fôrem convencidos de prevaricação, ou negligencia; e em tal caso o Juiz nomeará outros, obrigando os removidos á entrega dos bens, e á indemnisação de todas as perdas e damnos (82).

Art. 304. Os Juizes de Direito em correição tem obrigação, de revêr as contas tomadas pelos Juizes dos Orphãos, de tomar as não tomadas; e de removêr os Tutores e Curadores

(80) Ord. L. 1° T. 62 § 37, e T. 88 § 49.
(81) Ord. L. 1° T. 88 § 49 *in fin.*, e § 50.
As contas devem sêr documentadas, e quanto ás despezas miúdas, basta, que os Tutôres ou Curadôres jurem sobre a verdade dellas *ad instar* do que se-dispõe nos Arts. 1114 e 1116 ácerca dos testamenteiros.

Não os-releva da prestação de contas o facto de terem entregue ao menor, que se-tornou maior, seus bens no todo ou em parte.

(82) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 50, L. 4° T. 102 § 1° *ibi—emquanto o-fizer bem, e como deve, á proveito do menor; e não fizer cousa, por que deva sêr tirado da tutoria ou curadoria*; § 3° *ibi—emquanto o bem fizer—*; e § 9° *in fin.* Não ha férias para esses procedimentos de remoção—Ord. L. 3° T. 18 § 5°, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3° § 3.°

3.ª ED.

Disp. Prov. (29 de Novembro de 1832) Art. 5.°—Nos casos de *remoção de Tutôres e Curadôres suspeitos* a conciliação poder-se-ha fazêr posteriôrmente á providencia, que deva têr logar.

suspeitos, e nomeados illegalmente, negligentes, e prevaricadores; e aquelles, que não houverem prestado fiança, quando a Lei a-exige; procedendo em conformidade do seu regimento (83).

Art. 305. Os Tutores e Curadores devem entregar os bens do menor, e qualquer alcance, dentro de nove dias, depois que se-tomar a conta, sob pena de prisão (84).

(83) Ord. L. 1° T. 62 §§ 29 e 33, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 §§ 1°, 2.° e 4.°

(84) Ord. L. 4° T 102 § 9°, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 7.° Á vista da disposição deste Regul. cessou a questão de estar a Ord. revogada pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Além disto, o caso é especial, semelhante ao do depositario judicial remisso, e do extrajudicial condemnado por sentença, contra os quaes procede-se com prisão nos termos da Ord. L. 4° T. 49 § 1°, e T. 76 § 5.° O Regul. citado manda tambem, que se-proceda á formação da culpa, o que é de extremo rigôr.

As contas são tomadas em processo apartado, e não nos inventarios, posto que depois á estes se-appensem. Julgadas por sentença, e verificado o alcance, se o tutôr não vem logo pagar, extrahe-se do processo a Carta de Sentença; e por ella requerido o tutôr, assignão-se-lhe nove dias em audiencia para pagar o alcance com a pena de captura, do que se fórma um processo de execução. Lançado o tutôr, se dentro dos nove dias assignados deixa de pagar, e julgado o lançamento, expede-se então mandado de captura.

« Compete hypotheca legal (Art. 3° § 2° da novissima Lei hypothecaria) aos menores sobre os immoveis do tutôr ou curadôr. A hypotheca legal dos menores (Art. 3° § 11 da cit. Lei) é geral, comprehensiva de immoveis presentes e futuros, salvo se fôr especialisada, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção (Art. 9° § 12 da cit. Lei) da tutela ou curatela deve ser requerida pelo tutor ou curador antes do exercicio, pelo testamenteiro. Póde sêr requerida (Art. 9° § 13 da cit. Lei) por qualquer parente do orphão. Incumbe (Art. 9° § 14 da cit. Lei) ao Tabellião, ao Escrivão dos orphãos ou da Provedoria,

Art. 306. Se não tiverem bens para pagamento do que devêrem, proceder-se-ha contra seus fiadores, Juizes, ou contra quem obrigado fôr (85).

Art. 307. Os alcances das contas serão pagos com os juros respectivos (86).

Art. 308. Os Juizes dos Orphãos tem jurisdicção contenciosa para conhecêr das Causas, que nascerem das contas dos Tutores e Curadores (87): e estes serão demandados no logar, onde exercêrão o cargo (88).

Art. 309. No caso do Art. 28, perdendo-se a demanda por culpa ou negligencia do Tutor ou Curador, que não dér as informações necessarias, far-se-ha nos bens delle a execução da sentença ; não tendo bens, deve-se fazêr a execução nos do Juiz, que tal Tutor nomeou, ou de seus herdeiros (89).

Art. 310. Só em ultimo caso deve-se fazêr execução nos bens do menor, e ainda então lhe-fica direito salvo para pedir o beneficio da restituição, e havêr satisfação do damno ; ou do Tutor e Curador, ou do Juiz, ou de seus herdeiros (90).

---

ao Curador Geral, ao Juiz dos orphãos ou da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição. »

Um anno depois (Art. 9° § 3° da cit. Lei) da cessação da tutela ou curatela, cessa a hypotheca legal dos menores, salvo havendo questões pendentes.

Pela omissão da inscripção (Art. 9° § 22 da cit. Lei) o tutor e curador ficão sujeitos ás penas de estellionato, verificada a fraude.

(85) Ord. L. 1° T. 62 § 37, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.°

(86) Era ponto controvertido entre os Praxistas, mas assim dispõe o Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art 32 § 8.°

(87) Art. 20 da Disp. Provis., Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 10.

(88) Ord. L. 3° T. 11 § 3.°

(89) Ord. L. 3° T. 41 § 9.°

(90) Cit. Ord. L. 3° T. 41 § 9.°

CAPITULO II

Dos Curadores dos loucos, e prodigos

Art. 311. Logo que o Juiz dos Orphãos soubér, que em sua jurisdicção ha algum demente, que pela sua loucura possa fazêr mal ; entrega-lo-ha á um Curador, que administre sua pessoa e bens (1).

Art. 312. Esta Curadoria será deferida na ordem seguinte:

§ 1.° A' molhér do demente, sendo honesta e discreta, se quizér aceitar o cargo (2):

---

(1) Ord. L. 4° T. 103 princ. A clausula—*que possa fazêr mal*— (como diz Borg. Carn. Tom. 3° pag. 171), deve-se entendêr demonstrativa, e não taxativamente, pois a curadoria deve-se dar do mesmo modo aos loucos innocentes. Quasi sempre precede exame de Medicos, que é a prova preliminar para reconhecimento da loucura, e determinação da curadoria ; mas, ainda que não tenha havido esse exame e o interdicto, as partes interessadas podem demandar a nullidade dos contractos e testamentos dos loucos, produzindo qualquer genero de provas. Vid. *infra* Not. ao Art. 326, e ao Art. 994.

3.ª ED.

Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873—As justificações para provas de *demencia*, que nas Comarcas Geraes devem sêr processadas pelos Juizes de Orphãos, e julgadas pelos Juizes de Direito, visto se-reputarem excedentes á alçada as questões relativas ao estado das pessôas.

(2) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 1° *in fin*.

Vid. *supra* Art. 262 § 1°, e Not. ao Art. 147.

3.ª ED.

Av. n. 355 de 6 de Junho de 1861—Nem o Decr. de 10 de Setembro de 1860, nem a Convenção Consular com a França (promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861), innovarão cousa alguma relativamente á nomeação de Curadôr á pessôa e bens de um subdito francêz desasisado, requerida por sua molhér.

§ 2.° Ao pai, se o demente o-tivér (3):

§ 3.° Ao avô paterno, ou materno; e sendo ambos vivos, ao mais idoneo (4):

§ 4.° Ao filho varão, se fôr idoneo, e maior de vinte e um annos (5):

§ 5.° Ao irmão, tendo casa posta em que viva, e tambem maior de vinte e um annos (6):

§ 6.° Ao parente mais chegado, paterno ou materno, sendo idoneo e abonado conforme o patrimonio do demente (7):

§ 7.° E finalmente á qualquer estranho, que tambem idoneo, e abonado, seja (8).

Art. 313. Estas pessoas, excepto a molhér do demente, não podem escusar-se da curadoria (9).

Art. 314. A molhér, o pai, e o avó, terão a curadoria, emquanto durar a demencia, e os outros Curadores não são obrigados á servir mais de dois annos (10).

---

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 103 princ., e § 1.°
(4) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 4.°
(5) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 5°, Resol. de 31 de Outubro de 1831.
(6) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 5°, e Resol. de 31 de Outubro de 1831.
(7) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 5°.
(8) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 5.°
(9) Cit. Ord. L. 4° T. 103 princ.,—*e lhe mande de nossa parte*, § 4°—*e o constangerá*, § 5°—*seja constrangido*.

Quid, se a molhér do demente fôr menor? Está claro, que não póde sêr curadôra em vista do Art. 312 §§ 4° e 5°; e sobretudo attendendo-se ao Art. 262 § 2°, que prohibe a tutoria e curadoria aos menores de vinte e um annos, ainda que tenhão supplemento de idade.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 103 §§ 2° e 8.° Sobre as pessoas incapazes, ou escusaveis, na curadoria dos dementes, e prodigos, observa-se o mesmo, que á respeito da curadoria dos menores. Parece ter sido esta a mente da Lei, transferindo tal materia para o T. 104, que segue-se ao dos dementes e pro-

Art. 315. Estes Curadores prestarão juramento de fielmente administrarem os bens do demente, e de applicarem os necessarios soccorros medicos segundo a qualidade da sua pessoa (11).

Art. 316. Os bens ser-lhes-hão entregues por inventario feito pelo Escrivão dos Orphãos (12), porém a molhér do demente não será obrigada á fazer inventario (13).

Art. 317. Assignará o Juiz, o que necessario fôr para alimentos do demente; e, sendo casado, tambem para os de sua molhér e filhos, conforme as forças do casal (14).

Art. 318. Mandará escrevêr no inventario todas as despezas, assim as do curativo do demente, como as de seus alimentos e de sua familia, para tudo vir á boa arrecadação (15).

Art. 319. Sendo necessario, o Curador fará prender o demente para que não cause damno (16).

Art. 320. Se o demente fizér mal ou damno á outrem, o Curador é responsavel pela indemnisação, tendo havido culpa e negligencia (17). Art. 809)

---

digos. Quanto ao modo da administração, a Lei é omissa. A Ord. n. 124 de 20 de Setembro de 1847 declarou, que as quantias pertencentes aos prodigos e mentecaptos, que entrassem para os Cofres dos Orphãos, devião sêr remettidas para os Cofres das Thesourarias para vencerem os mesmos juros estipulados ácerca dos dinheiros dos orphãos.

(11) Ord. L 4° T. 103 § 1.° Se ao pai é imposta esta obrigação, com mais razão se impõe aos outros Curadores.
(12) Ord. L. 1° T. 78 § 7°, L. 4° T. 103 princ. e § 1°, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 4.°
(13) Ord. L. 4° T. 103 § 1° *in fin.*
(14) Ord. L. 4° T. 103 princ., e § 1.°
(15) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 1.°
(16) Cit. Ord. L. 4° T. 103 princ., Art. 12 do Cod. Crim.
(17) Cit. Ord. L. 4° T. 103 princ..

Art. 321. A curadoria cessará, logo que o demente recobre seu perfeito juizo, restituindo-se-lhe a livre administração de de seus bens (18).

Art. 322. Sendo a loucura de lucidos intervallos, durante elles regerá o demente seus bens, sem comtudo cessar a curadoria (19).

Art. 323. Finda a administração, os Curadores devem dar contas, resolvendo o Juiz as duvidas, que houvérem (20).

Art. 324. Sabendo o Juiz por inquirição que alguem dissipa como prodigo sua fortuna, mandará publicar por editaes e prégões, que dahi em diante ninguem faça com o prodigo contracto de qualquer natureza, pena de nullidade (21).

Art. 325. Publicado o interdicto, o Juiz dará Curador aos bens do prodigo, guardando á respeito desta curadoria as disposições anteriores ácerca da dos dementes (22).

---

(18) Cit. Ord. L 4º T. 103 § 2.º
(19) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 3.º
(20) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 2.º
As disposições da novissima Lei hypothecaria sobre a hypotheca legal, com que soccorre aos menores, são em tudo applicaveis aos loucos e prodigos, que a mesma lei denomina—*interdictos*—. Estas disposições achão-se transcriptas na Not. ao Art. 305.

A inscripção da hypotheca dos interdictos subsiste (Art. 9º §§ 2º e 3º da cit. Lei) por todo o tempo da interdicção. Um anno depois da cessação da curatela cessa a hypotheca legal dos interdictos, salvo havendo questões pendentes.

(21) Ord. L. 4º T. 103 § 6.º Este processo sempre começa pela citação do prodigo.

3.ª ED.

Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873—Já indicado ao Art. 311, com applicação á *prodigalidade*.

(22) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ., e §§ 6º e 8.º
A curadoria do prodigo não é curadoria de pessoa, como a do menor; mas o prodigo fica privado da capacidade civil, e porisso não póde fazer contractos, testamento, e estar em Juizo activa ou passivamente. Seu curador deve representa-lo nos actos, em que a representação é possivel. Em alguns actos a representação não é possivel, como no testamento. O prodigo póde vivêr onde bem lhe aprouvér, e não está no caso do menor ou do demente. Segundo as cricumstancias, arbitrados os alimentos, póde o Juiz mandar ou não entrega-los ao prodigo. Se a entrega fôr perigosa pelo temôr da prompta dissipação, é justo que o Juiz a-recuse, do contrario não se conseguiria o fim da lei.

Art. 326. Se o prodigo celebrar algum contracto, e por elle recebêr alguma cousa, fica desobrigado de restitui-la (23).

Art. 327. Durará esta curadoria, emquanto o prodigo perseverar em seu máo governo (24).

Art. 328. Seus bens ser-lhe-hão entregues para livremente regê-los, logo que torne á bons costumes e temperança de despeza, pela fama que delle houvér; e pelo arbitrio e juizo

---

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 6.º
Só depois do interdicto publicado os prodigos são havidos por incapazes de obrigar-se, e são nullos seus contractos. A incapacidade é só effeito da lei, e não incapacidade natural. Dahi a differença (Pothier Obrig. n. 51) entre estes interdictos, e os dos loucos. Todos os contractos feitos por um louco, mesmo antes do seu interdicto, devem sêr annullados á requerimento de parte, provando esta que ao tempo do contracto já existia loucura; porquanto é a loucura por si só, que fa-lo incapaz de contractar, sem dependencia de sentença que lhe-tolha a administração de seus bens. Ao inverso, os contractos feitos por um prodigo antes do interdicto são validos, ainda que já então fosse prodigo; porquanto a sentença, que por tal o julgou, é que fa-lo incapaz de contractar. O mesmo deve-se dizêr á respeito dos testamentos—Vid. *infra* Arts. 993 § 3º, e 994.

(24) Ord. L. 4º T. 103 § 7.º
O levantamento desta curadoria póde sêr requerido pelo proprio curador do prodigo, ou por qualquer parente seu, tendo elle voltado á temperança de despeza; o que deve sêr provado, e prova-se, com testemunhas como indica o Art. 328-

dos parentes, amigos, e vizinhos, que o-saibão, e affirmem sob juramento (25).

CAPITULO III

Dos Curadores dos ausentes

Art. 329. No caso do Art. 31 § 1º o Juiz dos Orphãos officialmente, ou á requerimento de qualquer pessoa, nomeará Curadores aos bens dos ausentes, e procederá quanto á arrecadação, inventario, e administração, do mesmo modo que sobre os bens das heranças jacentes (1).

Art. 330. Igual procedimento terá o mencionado Juiz tratando-se de bens de heranças pertencentes á herdeiros ausentes na hypothese do Art. 31 § 2.º (2).

---

(25) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 7.º
E nulla a execução de sentença, ou qualquer acto judicial, contra o prodigo pessoalmente antes de têr sido levantada a interdicção; não obstante havêr sentença passada em julgado, que mandou levanta-la, mas sentença não ainda executada? Entendo, que são validos todos os actos do prodigo, ou contra o prodigo, feitos depois da sentença irrevogavel, que mandou levantar a interdicção.

(1) Ord. L. 1º T. 90 princ., Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 2º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 11, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 2º, e Arts. 11, 12, e 24, e Art. 21 do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.
Todas estas leis não exigem, que a nomeação de curador seja precedida de citação edital do ausente. Nomeado o curador pelo Juiz dos Orphãos, as partes interessadas podem propôr suas acções com citação do curador, e não é necessaria a citação edital do ausente.

(2) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 1º, e Arts. 11 e 24; Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1º, §§ 1º, 2º, e 3º, Decis. n. 72 de 5 de Julho, e n. 84 de 28 de Julho, do mesmo anno; Decis. n. 34 de 14 de Abril de 1846, Decis. n. 257 de 23 de Novembro de 1853, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 20.

Art. 331. No caso porém do § 3º do citado Art. 31, o Juiz dos Orphãos nomeará Curador para assistir ao processo de inventario e partilhas. (3)

Art. 332. O Curador nomeado neste ultimo caso arrecadará, e administrará, os bens, se, findo o tempo da conta, não tivérem os herdeiros entrado na posse da herança por qualquer motivo. (4)

Art. 333. Os bens de ausentes, ou o seu producto, serão entregues á seus donos, se apparecêrem; ou á seus herdeiros e successôres legalmente habilitados (5), emquanto não prescrevêrem para o Estado (6). (Art. 858)

---

(3) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 2º, e n. 2433 de 15 Junho de 1859 Art. 9.º Sendo estrangeiro e interessado, póde o respectivo Agente Consular assistir por elle ao inventario, mas não arrecadar o que lhe-venha á pertencêr —Av. n. 79 de 5 de Março de 1858. Procede esta disposição mesmo nos casos das Convenções Consulares com a França, Confederação Suissa, Italia, Portugal, e Hespanha, citadas nas Notas aos Arts. 2º e 34. Estas Convenções só previrão os casos de arrecadação completa de heranças de subditos estrangeiros nas circumstancias, que designão; e não os casos, em que os Agentes Consulares não arrecadão as heranças.
Tem logar a nomeação do Curador, de que falla o têxto, sem dependencia de citação edital.

(4) Reguls. citados n. 422 de 27 de Junho de 1845, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 9.º

(5) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 2º, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 2.º

(6) A Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 32 marca o prazo de trinta annos contados do dia, em que os dinheiros houverem entrado nos Cofres do Thesouro e das Thesourarias. E' uma disposição bem injusta, porque a presumpção deve cedêr á realidade. O mesmo prazo de trinta annos estabelece o Regul n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39 para devolução á Fazenda Nacional dos bens retardados nos Depositos Publicos, e nos Cofres dos Orphãos.
Não prescrevem á bem do Estado, se a prescripção foi interrompida por se ter intentado a habilitação e petição de he-

Art. 334. Passados dez annos nos termos do Art. 32, ou verificada a hypothese do art. 33, o parente mais chegado do ausente, e seu legitimo herdeiro, quando não haja testamento, póde requerêr ao Juiz dos Orphãos que os bens lhe-sejão entregues (7).

---

rança dentro do prazo da Lei—Ord. n. 399 de 27 de Dezembro de 1855. O Art. 32 da citada Lei concedeu o prazo de trêz annos, á contar do 1° de Janeiro de 1852, para os dinheiros recolhidos ha mais de trinta annos, quando ella foi promulgada.

(7) Ord. L. 1° T. 62 § 38, Regim do Desemb. do Paço § 50, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 2°, Disp. Provis. Art. 20, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° §§ 7° e 11, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 12, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 22 e 47.

Este Art. 47 do Regul. de 1859 declara em vigor a legislação anteriôr com as seguintes alterações:

1.° A curadoria dos bens do ausente poderá ser deferida na fórma da Ord. L. 1° T. 62 § 38, e Regim. do Desemb. do Paço § 50, passados quatro annos, á contar da dāta das ultimas noticias, se elle não tivér deixado procurador; e passados dez annos, se o-tivér deixado, salva a *disposição* da Lei de 15 de Novembro de 1827.

Os Juizes de Orphãos, quando tiverem de julgar as habilitações dos herdeiros do ausente, attenderão sempre aos motivos da ausencia, e ás causas que obstão á falta de noticias, embora tenha decorrido qualquer dos referidos prazos.

2.° A mesma curadoria não poderá ser deferida aos herdeiros mais chegados do ausente, na fórma das Ords. e Reguls. citados, sem que os ditos herdeiros se-habilitem nos termos do Art. 46 deste Regul. e mais disposições em vigôr.

3.° Além da citação pessoal á quem de direito fôr, o parente ou parentes mais proximos na ordem da successão, que na fórma das disposições citadas pretendêrem a curadoria, requererão ao Juiz de Orphãos do Termo a citação do ausente, e de quaesquer outros interessados, por editaes com o prazo de um anno, para vêrem offerecêr os artigos de habilitação.

Estes editaes serão affixados nos logares do estilo, e publicados nos periodicos do Termo e da Capital da Provincia,

Art. 335. O pretendente deve declarar:

§ 1° O nome, morada e occupação, do ausente; os nomes de seu pai, e mãi; e quantos filhos, ou netos, lhe-ficarão:

§ 2.° Os nomes de todos os parentes mais chegados, e suas moradas; e a maneira, por que elle pretendente é parente e herdeiro, por não havêrem outros parentes mais chegados:

§ 3.° Quaes os bens, que tem o ausente, e o seu valor:

§ 4.° Que ha mais de dez annos, que não se tem noticia do ausente, e que se-suppõe ser morto:

§ 5.° E no caso do Art. 33, que não ha noticia da chegada do navio ao porto de seu destino, nem á algum outro porto, nem das pessoas que nelle forão, dentro de dois annos nas viagens mais dilatadas (8):

§ 6.° Que elle pretendente se-quer obrigar á restituir os bens ao ausente, se apparecer; ou á quem de direito fôr, prestando fiança (9).

Art. 336. Justificados os requesitos do Art. antecedente, o Juiz á vista da prova ordenará a entrega dos bens, dando o pretendente, e mais interessados, um só fiadôr abonado, moradôr no logar, e que nelle possúa bens de raiz (10).

---

passando-se as certidões competentes, e juntando-se aos autos a publica-fórma do annuncio.

3.ª ED.

Regul n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 8.°—Nos casos de *curadoria e successão provisoria* (Ord. L. 1° T. 62 § 38, Regim. do Desemb. do Paço § 50, Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 47), é exigivel o imposto de transmissão, salvo o direito de restituição, apparecendo o *ausente* (Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 4.°).

(8) Decr. de 15 de Novembro de 1827.

(9) Ord. L. 1° T. 62 § 38.

(10) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 38.

Art. 337. O fiadôr obrigar-se-ha por escriptura publica, como depositario e principal pagadôr ; e com outorga de sua molhér, se for casado (11).

Art. 338. Juntando-se a justificação, e a escriptura de fiança, ao inventario, se o houvér; o pretendente, e mais interessados, assignaráõ com o Juiz o respectivo termo de entrega, mencionando-se neste quaes os bens entregues, seu valor, e seu rendimento (12).

Art. 339. Os Delegados e Subdelegados de Policia são obrigados á noticiar immediatamente ao Juiz dos Orphãos as pessoas, que se-tiverem ausentado sem saber-se do seu destino, deixando bens desamparados; servindo-se para esse fim tambem dos Inspectores de Quarteirão, á quem darão as necessarias instrucções (13).

---

(11) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 38. Sem outorga da molhér a fiança não obriga sua meação—Art. 131.

(12) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, Art. 14. « Sendo a ausencia por mais de trinta annos (Perdigão Man. do Procur. dos Feitos § 381 e Not. 695), póde têr logar a successão definitiva. É questão, que a Ord. L. 1º T. 62 § 38 não decidio. Mas, não devendo ficar indeterminadamente suspensa a acquisição definitiva dos bens, indispensavel é fixar um termo; sendo o mais regular o de trinta annos, já por sêr o da prescripção geral (Ord. L. 4º T. 79), já por sêr o da prescripção dos dinheiros de ausentes á bem do Estado (Lei de 17 de Setembro de 1851 Art. 32). Todavia, se apparecêr ainda então o ausente, tem direito á recebêr os bens no estado, em que os-achar (Per. de Carv. Proc. Orphanol. §§ 173 á 183); á excepção do dinheiro recolhido, e não reclamado, dentro dos trinta annos. »

Isto confirma a censura, que na Not. ao Art. 333 temos feito ao Art. 32 da Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851.

(13) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 13. O Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 33 applicou esta disposição á noticia sobre orphãos.

Regul. n. 160 de 15 de Junho de 1859 Art. 23. Accrescenta o Art. 24 deste Regul. o seguinte: A obrigação imposta no Art. antecedente é extensiva aos Parochos nas suas respectivas Parochias quanto aos fallecimentos, cuja noticia podér interessar ao Juiz de Orphãos.

Art. 340. Quando o Juiz pela distancia, em que se-achar do logar, em que existirem os bens dos ausentes, não podér acodir immediatamente para arrecada-los, ficão os mesmos Delegados e Subdelegados obrigados á acautelar, que se não extraviem, até que se-apresente o Juiz (14).

Art. 341. Pela falta de cumprimento do que fica dispósto incorreráõ na pena de demissão, e de uma multa de 50$000 á 100$000 rs.; além de sêrem responsaveis por todos os prejuizos, á que por sua negligencia dérem causa (15).

SECÇÃO II

DOS DIREITOS PESSOAES NAS RELAÇÕES CIVIS

TITULO I

DOS CONTRACTOS EM GERAL

Art. 342. São nullos em Juizo, e fóra delle, todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação

---

(14) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 14, que está substituido pelo Art. 31 do citado Regul n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Diz este Art. 31:—Se o Juiz, pela distancia em que se-achar do logar, onde existirem os bens do fallecido ou ausente, ou por outra occurrencia attendivel, não podér acodir immediatamente para arrecada-los; os Delegados e Subdelegados de Policia, estando estrictamente obrigados á acautelar que se não extraviem os bens, e devendo dar para esse fim as providencias necessarias, procederáõ immediatamente, com assistencia de dois vizinhos, á apposição de sellos, que não poderáõ ser abertos sob pretexto algum senão pelo mesmo Juizo, salva a disposição do Art. 41.

(15) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 14, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 31.

de bens, moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio, uma vez que não haja precedido expressa licença do Governo para celebração de taes contractos (1). (Art. 582 § 4.°)

(1) Lei de 9 de Dezembro de 1830, Av. de 10 de Maio de 1836, Port. de 13 de Outubro de 1836, Av. de 20 de Fevereiro de 1837, de 28 de Fevereiro, 12 de Abril, Ord. de 22 de Maio, e Av. de 4 de Setembro, do mesmo anno; Port. de 11 de Junho, Av. de 22 de Julho, e de 30 de Julho, de 1839; Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, regulando a execução da Lei primitiva; Av. de 26 de Fevereiro de 1851, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 3°, Decis. n. 245 de 10 de Novembro de 1853, Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.

A citada Lei de 9 de Dezembro de 1830, e o citado Dec. de 28 de Novembro de 1849, só tem applicação ás Ordens Regulares; e não comprehendem as Ordens Terceiras, Confrarias, e Irmandades, as quaes se-regem pelos respectivos compromissos, e disposições do Direito Civil—Av. n. 248 de 17 de Novembro de 1853.

As Assembléas Provinciaes não podem concedêr licença ás Ordens Regulares para alienár seus bens— Dec. n. 278 de 3 de Abril de 1843, Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853, e Av n. 85 de 28 de Março de 1854.

As Ordens Regulares tambem não podem, sem licença do Governo, trocar seus bens immoveis por Apolices inalienaveis—Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Art. 1° do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849.

Não podem igualmente, sem essa licença, trocar seus bens immoveis por acções de Companhias de Estradas de Ferro garantidas pelo Governo—Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857 Art. 21. É bem notavel, que, não obstante a licença geral da Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Art. 1° do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, supponha-se necessaria uma licença especial. Em vista deste Decr., é necessario entendêr do mesmo modo o Art. 21 da citada Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857.

Outrosim não podem sem essa licença hypothecar seus bens immoveis—Av. n. 115 de 21 de Março de 1863.

Podem porém aforar, e arrendar, seus bens immoveis? A redacção da Lei de 9 de Dezembro de 1830, e do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, parece ultrapassar a intenção do

legislador. A Lei diz—*todas as alienações, e contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares sobre bens moveis, immoveis, e semoventes, de seu patrimonio.* O Decr. diz—*alienações, e quaesquer contractos onerosos.* O nosso têxto diz—*todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação de bens moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio.* Esta alteração de palavras traduz perfeitamente o pensamento da Lei, que foi cohibir as delapidações dos bens do patrimonio das Ordens Regulares por via de vendas simuladas, e fraudulentas, com occultação dos verdadeiros prêços, o que bem se-confirma pelas disposições regulamentares do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, e claramente pela do Art. 3° desse Decr., que manda declarar na *licença* o minimo do prêço, por que poderáõ os bens ser alienados. O arrendamento é contracto oneroso, e as Ordens Regulares livremente arrendão seus bens, e por longo prazo, sem dependencia de licença.

Como a Lei trata da alienação completa de bens, parece, que os aforamentos independem de licença. Sem duvida o aforamento envolve uma alienação do dominio util, que o marido, por exemplo, não póde fazer sem outorga da molhér (Art. 120 Consolid.); porém, como essa primitiva alienação do dominio não é alienação completa, pois que ainda fica ao senhorio o dominio directo, a legislação vigente não a-sujeita á siza; o que já não acontece, quando o foreiro aliena seu dominio util—Vid. Not. 1ª ao Art. 590 Consolid. A intelligencia, que damos, é tanto mais justificavel, porisso mesmo que a-tem suppôsto varias decisões da Recebedoria do Municipio desta Côrte, e do Tribunal do Thesouro, declarando estarem sujeitos á siza traspassos feitos por arrendatarios de predios do Convento de S. Bento, em razão, não sabemos, de serem os arrendamentos de longos prazos, ou de terem os arrendatarios feito valiosas bemfeitorias. O que vem á ser isto senão reconhecêr nos arrendatarios um dominio util, um direito real, qualquer que seja? Já observamos nas Nots. aos Arts. 45 e 119, que bemfeitorias feitas em terrenos alheios por arrendatarios e concessionarios gratuitos (pois que só adquirem um direito pessoal) não são bens de raiz, e que portanto o traspasso dellas não é contracto sobre bens de raiz.

3.ª ED.

Av. n. 81 de 15 de Março de 1853—Embargo em escravos vendidos pelos Religiosos sem licença do Governo, sendo

Art. 343. Os Empregados Publicos, Officiaes Militares, Corporações de mão-mórta, Clerigos, Regulares; e os falli-

competentes para requerêl-o os Procuradores Fiscaes das Thesourarias, e para obstar as alienações dos bens das Ordens Regulares, promovendo a nullidade pelo interesse da Fazenda Nacional na conservação de taes bens, de que as Ordens são apenas administradôras; e que se-hão de devolvêr ao dominio nacional, quando ellas por qualquer fórma deixarem de existir.

O meu argumento sobre a dependencia de licença para aforamentos, em relação ás leis da siza, tem hoje contra si a legislação sobre o imposto de transmissão de propriedade, no qual entrou a mesma siza. O Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 5° n. 6° sujeita ao imposto a constituição de emphyteuse ou subemphyteuse. O Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 dispõe o mesmo no Art. 14 n. 7°, e no Art. 21 sujeita ao imposto a cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, ou actos equivalentes.

« Bens de Corporação de mão-morta (Rodrigues Miscell. Jurid. pag. 47) podem sêr penhorados, e arrematados, independente de licença do Governo. Opinião dos Advogados Caetano Alberto, Teixeira de Freitas, e José Julio, na Revista dos Tribunaes de 15 de Maio de 1857. O contrario diz, e decide, o Governo em diversos Avisos—Av. de 15 de Setembro de 1865. »

Decidirão bem estes Advogados, e sem offensa da legislação em vigôr sobre a nullidade dos contractos onerosos das Ordens Regulares, em nome da qual o Av. n. 416 de 15 de Setembro de 1865 fêz sua recommendação ao Ministerio da Justiça. Não ha penhora, e arrematação, sem sentença exequivel; e não ha sentença exequivel sem sentença passada em julgado, ou não suspensa por appellação recebida no effeito devolutivo. Se as execuções, á que refere-se o Av. de 1865, provierão de contractos autorisados; *judicatum est, et bene judicatum.* No caso contrario, as sentenças fazem do branco negro, e do quadrado redondo:—*res judicata pro veritate habetur*—.

Pelo que á cima disse á respeito dos aforamentos de bens das Ordens Regulares, não tenho razão para oppôr-me ás observações do Sr. Rebouças pags. 85, 86, e 87, sobre este Art. 342; menos quanto á bemfeitorias em predios arrendados, e por veneração aos principios.

dos, emquanto não forem legalmente rehabilitados; não podem fazêr contractos nos casos, que declarão o Art. 148 do Cod. Crim., e os Arts. 2° e 3° do Cod. do Commercio (2).

Art. 344. Não podem sêr objecto de contracto oneroso ou gratuito, pena de nullidade, as cousas litigiosas, á saber:

§ 1.° Aquellas, sobre que se-movêr acção real de dominio, desde o momento da citação inicial:

(2) Antigamente região a Ord. L. 4° T. 15 e T. 16, Decr. de 18 de Abril de 1720, revogando a Res. de 26 de Novembro de 1709, que primittio commerciar aos Governadôres das Conquistas; Lei de 29 de Agosto de 1720, e Alv. de 27 de Março de 1721.

O primeiro elemento dos contractos é a—*capacidade das partes contractantes*—, e a regra do Art. 129 n. 1° do Cod. do Com. é applicavel em materia civil. O Art. 313 ácima indica a incapacidade de certas pessôas para contractar em certos casos, isto é, quando *commerciarem*. Taes incapacidades pertencem ao Cod. do Com. (pois que excluo nesta 2.ª Edição as do Art. 149 do Cod. Crim. sobre o *mutuo* e *fiança*, que achar-se-hão agora nas Nots. aos Arts. 477 e 776), e apenas são indicadas na Legislação Civil como excepções da capacidade geral de contractar. As pessôas designadas nos Arts. 148 do Cod. Crim., e 2° do Cod. do Com., tem em geral capacidade para contractar, mas não a-tem para serem commerciantes; ou para fazerem contractos commerciaes, que não os do Art. 3° do Cod. do Com.

Os Arts. 2° e 3° do Cod. do Com. repetem com addição o que está no Art. 147 do Cod. Crim., e sua redacção tem occasionado, e póde occasionar, uma falsa intelligencia.

O Art. 147 do Cod. Crim. prohibio commerciar ás pessôas, que designa; isto é, declarou a incapacidade dessas pessôas—para fazer *contractos commerciaes*—, para exercêr *actos de commercio*. Esta prohibição envolve a de serem commerciantes, porque pessôas, que não podem exercêr actos de commercio, está claro, que não podem fazêr exercicio habitual desses actos. Sêr commerciante não é exercêr accidentalmente actos de commercio, mas exercê-los habitualmente, fazêr de taes actos modo de vida, ou profissão. Ao contrario, a prohibição de sêr commerciante não induz a de exercêr accidentalmente actos de commercio.

§ 2.° Aquellas, sobre que pendêr acção pessoal reipersecutoria, por terem sido emprestadas, dadas em penhôr, depo-

Ora, o fim principal do Art. 2° do Cod. do Com. foi declarar as incapacidades para profissão de commerciante, mas amalgamou estas incapacidades especiaes com as do Art. 147 do Cod. Crim. relativas ao exercicio accidental de actos de commercio. O Art. 1° do Cod. Com. quiz dizêr—*podem sêr commerciantes no Brazil*—, e o Art. 2°—*não podem sêr commerciantes*—. Devêra-se têr reservado para o Art. 3° as incapacidades para exercêr actos de commercio em accordo com o Art. 147 do Cod. Crim. *Acto de commercio* é todo aquelle, que se-faz para lucrar,—por mero espirito d'especulação; e ninguem dirá, que taes actos não possão sêr accidentalmente exercidos pelas pessôas designadas no Art. 2° do Cod. do Com. *Actos de commercio* são os mesmos actos da vida civil, contractos commerciães são em muitos casos os proprios contractos do Direito Civil, só com a differença de sêrem feitos no intuito de lucrar. Esse Art. 2° do Cod. do Com. falseou o Art. 147 do Cod., porque supprimio as palavras—*em quaesquer effeitos que não sejão producções dos seus proprios bens*—. E porque falseou? Porque seu fim era outro, porque seu fim foi designar quaes as pessôas incapazes de sêr commerciantes,—de exercêr a profissão habitual do commercio. Á respeito dos incapazes do Art. 1° ns. 2°, 3°, e 4°, o pensamento era inverso ao do Art. 2.° Alli são pessôas incapazes, que declara capazes de sêr commerciantes. Aqui são pessôas capazes, que declara incapazes de sêr commerciantes. Quanto ao exercicio accidental de actos de commercio, nada se-tinha á declarar no Art. 1° ns. 2°, 3°, e 4°, pela simples razão de que não é capaz para exercê-los quem não tem capacidade para os actos da vida civil em geral.

3.ª ED.

Decr. n. 1009 de 25 de Setembro de 1858—Disposições á favôr do Hospital Geral da Santa Cása da Misericordia do Rio de Janeiro.

Av. n. 435 de 6 de Outubro de 1860—A Santa Casa da Misericordia não póde encarregar-se de fornecêr medicamentos por sêr um acto de commercio.

Quanto aos *Regulares*, Vid. Introduc. *supra* Not. 6.

sitadas, ou devidas por outra cousa, desde que a lide fôr contestada (3). (Art. 586 § 3°)

Art. 345. Tambem não podem sêr objecto de contracto, sob a mesma pena de nullidade, todas as acções litigiosas; ou sejão as designadas no Art. antecedente, ou outras acções reaes, como a hypothecaria e sobre servidão, ou pessoaes para pagamento de alguma quantidade (4). (Art. 586 § 3°)

(3) Ord. L. 4° T. 10 princ., e §§ 2°, 3°, 5°, e 7.°

O segundo elemento dos contractos é seu—*objecto*—, e a regra do Art. 129 n. 2° do Cod. do Com. tambem é applicavel em materia civil. O têxto indica um só caso de objectos prohibidos pela lei, que é quando os contractos tem por objecto *cousas litigiosas*.

Destaca-se bem a acção real de dominio, ou de *reivindicação*, das acções pessoaes para restituição ou entrega de cousas certas,—cousas não fungiveis, ou corpos certos. Para restituição, no *commodato*, no *deposito*, no *penhôr*, na *antichrese*. Para entrega, em todos os contractos, que tem por fim transferir dominio, antes de têr sido feita a tradição. Nos casos de restituição, o autôr póde intentar á seu arbitrio, ou sua acção pessoal reipersecutoria nascida do contracto, ou acção de reivindicação; e estes casos são os de *credito de dominio*, contemplados no Art. 874 ns. 1°, 2°, 3°, e 4°. Nos casos de entrega, o autor só tem acção pessoal reipersecutoria, não póde intentar acção de reivindicação, não tem credito de dominio.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 10 §§ 1°, 2°, 3°, 6°, e 8.°.

Eis aqui outro caso de objectos prohibidos pela lei, que é quando os contractos tem por objecto *acções litigiosas*. No Art. 344 tratou-se de contractos, que tem por objecto a restituição ou entrega de cousas certas; e aqui trata-se do *contracto de cessão*,—das cessões que tem por objecto *acções litigiosas*. Apparecem portanto aqui todas as acções possiveis, assim as indicadas no Art. 344, como as mais, que vem á sêr as *reaes* nascidas de direitos reaes em cousas alheias; e as pessoaes para pagamento de quantidades, á sabêr, sommas de dinheiro, ou cousas fungiveis.

Art. 346. Todas estas acções tornão-se litigiosas, tanto que a lide fôr contestada; excepto a de dominio, que é litigiosa desde seu começo (5).

Art. 347. Dá-se a nullidade da alienação de cousas litigiosas, emquanto o litigio não terminar por sentença definitiva passada em julgado; ou o adquirente soubesse, ou não, da pendencia do mesmo litigio (6).

Art. 348. Tendo o adquirente sciencia do litigio, ou razão de sabêr ao tempo, em que houve a cousa litigiosa; está sujeito á execução da sentença, que o vencedôr obtivér, sem que seja mais citado nem ouvido (7). (Art. 925)

Art. 349. Se não sabia do litigio, nem tinha razão de sabêr, será ouvido com seu direito nos termos do Art. 926 (8).

Art. 350. Se o contractante sobre cousa litigiosa demandar a entrega á aquelle, com quem contractou, póde ser excluido da acção pelo simples fundamento do vicio do litigioso ao tempo do contracto (9).

(5) Cit. Ord. L. 4.° T. 10 §§ indicados.

(6) Cit. Ord. L. 4.° T. 10 §§ 3° e 4°. A distincção do contracto com *pessôa poderosa* (§§ 5° e 6°) só servia para aggravação das penas.

(7) Ord. L. 4° T. 10 § 9°, e L. 3° T. 86 § 16.
É um dos casos de alienação em fraude da execução—Arts. 492 § 6°, 494 § 1°, e 572, do Regul. Com. n. 737. São inuteis nesse Art. 494 n 1° as palavras—*ou sobre ellas pende demanda*—.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 10 § 9°.
É ouvido por meio de embargos de terceiro senhôr e possuidor—Per. e Souz. Linh. Civ. § 891. O Regul. Com. n. 737 é omisso sobre este caso, porque no Art. 506 só cogitou de embargos de terceiro oppostos em execução para pagamento de dinheiro. É só nesta, que ha penhora, arrematação, e adjudicação, para poder applicar-se o dispôsto no Art. 575. O nosso caso é outro, é o dos Arts. 571 á 574 desse Regul. sobre sentenças derivadas de acção real, ou reipersecutoria para entrega de cousa certa.

Art. 351. A cousa litigiosa, ou acção litigiosa, só póde ser objecto de contracto:

§ 1.° Em doações por causa de dote, ou de casamento (Art. 93):

§ 2.° Em transacções sobre o pleito entre as proprias partes litigantes:

§ 3.° Em partilha entre herdeiros da herança, sobre a qual litigavão:

§ 4.° Em nomeação de bens aforados (10).

Art. 352. As heranças de pessoas vivas não podem sêr igualmente objecto de contracto (11) Art. 76 - [illegible]

Art. 353. São nullos todos os pactos successorios, para succedêr, ou não succedêr; ou sejão entre aquelles, que es-

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 10 § 10.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 10 § 11. Estão sem vigôr as penas desta Ord., e da do L. 2° T. 26 § 25, nos termos dos Arts. 33 e 310 do Cod. Crim. A nullidade dos contractos é hoje a unica sancção.
Não contemplo o legado de cousa litigiosa, porque não é contracto sobre cousa litigiosa. A ultima parte do § 11 da Ord. L. 4° T. 10 vai consolidada nos Arts. *infra* 1136, 1137, e 1138.
Pôsto que se-possa doar por causa de dote, ou de casamento, cousas litigiosas; está entendido, que as doações se-resolvem, se o doador é vencido.

(11) Ord. L. 4° T. 70 § 3°.
Esta Ord. não impede todavia, que a hypotheca de bens futuros comprehenda aquelles, que o devedôr hypothecario tem adquirido por herança de pessôas vivas ao tempo da hypotheca. Dahi segue-se, que é válida a hypotheca geral, que o devedor faça de bens da futura herança de seus ascendentes. E' hoje inutil a questão sobre este ponto, porque a Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 prohibe convencionar hypothecas geraes.

perão sêr herdeiros; ou com a propria pessoa, de cuja herança se-trata (12).

Art. 354. Não é applicavel a disposição do Art. antecedente aos pactos e condições em contractos matrimoniaes sobre a successão reciproca dos esposos (13). (Art. 88)

---

(12) Os pactos—*de succedendo*—declara a Ord. L. 4° T. 70 § 3°, que são illicitos e reprovados, e não confirmaveis por juramento. Os pactos—*de non succedendo*—declara a mesma Ord. no § 4°, que são confirmaveis por juramento. Mas, como a Ord. L. 4° T. 73 prohibe os contractos jurados, o que só podia sêr dispensado pelo Desembargo do Paço nos termos do § 87 do seu Regimento; resulta, que são hoje impossiveis esses pactos para não succedêr, confirmaveis por juramento. A razão é, que o Desembargo do Paço foi abolido pela Lei de 22 de Setembro de 1828, sem que se-transmittisse para outra Autoridade a attribuição de dispensar aquella Ord. L. 4° T. 73; dizendo o Art. 7° da mesma Lei, que abolidas tambem ficavão todas as attribuições do Tribunal extincto, que não ião especificadas. Pelo mesmo motivo resolve-se negativamente a questão—*se o filho, ou filha dotada para casamento, póde renunciar a successão, contentando-se com o dote*—. São portanto escusadas as argumentações dos Praxistas sobre tal questão, deduzidas da combinação do Decr. de 17 de Julho de 1778, com a Lei de 17 de Agosto de 1761 relativa aos casamentos dos nobres.

3.ª ED.

Com esta consolidação exacta dos *pactos successorios* mostra-se de accôrdo Laffayette Dir. do Fam. Not. 4ª pag. 383.

Não assim o Dig. Brazil. Vol. 3° pag. 121, que ainda contempla contractos confirmaveis por juramento, e por taes os *pactos de non succedendo*, sem havêr actualmente Autoridade para licenciar esse juramento!

(13) Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8° *ibi—possão estipular com seus respectivos esposos, assim para a vida, como para a morte, as reservas, e condições, que bem lhes-parecêr*—. Esta Lei, que foi suspensa pelo § 1° do Decr. de 17 de Julho de 1778, não tem applicação entre nós, pois que regulava os dotes da antiga nobreza; mas a disposição de seu § 8° é generica, e harmonisa-se com a latitude da Ord. L. 4° T. 46 princ.

Art. 355. São annullaveis os contractos feitos por pessoa retida em carcere privado, além de incorrêr o offensôr na pena decretada pelo Art. 189 do Cod. Crim. (14).

3.ª ED.

Com esta outra consolidação excepcional dos *pactos successorios* tambem posso dizêr, que mostra-se de accôrdo Laffayette Dir. de Fam. Not. 4° pag. 383. Se da sua intenção foi desapprovaval-a, bateu em vento, e confundio-se pela confusão de duas hypotheses intuitivamente diversas. Por certo, o pacto entre pai e filha, para esta contentar-se com o dote sem regresso aos bens paternos, era pacto *de non succedendo*, e carecia de confirmação por juramento, como bem disserão Lobão e Corr. Telles nos logares apontados; mas esse pacto é accessorio de contractos de dotação, não de contractos ou convenções matrimoniaes, nada tem com o § 8° da Lei de 17 de Agosto de 1761 em seu final periodo. Contracto ou convenção matrimonial é contracto entre o esposo e a esposa, reguladôr do seu futuro casamento *quoad bona*, onde podem livremente contractar (palavras do nosso Art. 354) *sobre a successão reciproca*. Eis a hypothese frisada pelo § 8° da citada Lei de 17 de Agosto de 1761 —*possão estipular* (as Esposas) *com seus respectivos Esposos*—. As palavras sublinhadas pelo Sr. Laffayette—*como até agora se-praticou sem a menôr differença*—, não referem-se á pratica de pactos confirmaveis por juramento; sim á pratica da liberdade em convenções matrimoniaes, *scilicet*, entre esposos e esposas, sobre quaesquer reservas e condições; assim para a vida,—*como para a morte*—.

(14) Ord. L. 4° T. 75 princ.

No texto da 1ª Edição estava—*são nullos*—, e agora digo, —*são annullaveis*—, porque a nullidada depende de acção —Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. Se a acção de nullidade fôr proposta depois da condemnação em Juizo Criminal, está provada a prisão em carcere privado, e não se-póde mais questionar no Juizo Civil sobre a existencia deste facto, e sobre quem seja seu autôr—Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.

— *Carcere privado*— : Vid. Art. 190 do Cod. Crim. Procede esta nullidade, sempre que qualquer das partes foi coagida á fazêr o contracto por meio de *força* ou de *intimidação*. É um vicio do consentimento, analogo ao do *erro* e *dólo*. O Cod.

do Com. no Art. 129 n. 4° só prevenio este ultimo, mas falla do *erro* no Art. 220, e de todos estes vicios no Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. Estes vicios dão-se em prejuizo de uma das partes contractantes. Os vicios da *simulação fraudulenta*, e da *fraude*, dão-se em prejuizo de terceiros, como póde-se vêr na Not. ao Art. 358.

3.ª ED.

Av. n. 12 de 3 de Abril de 1843—Não ha caso algum, em que as Autoridades possão marcar a casa do cidadão para sua prisão.

Dado este facto, a prisão do cidadão em sua propria casa não fôra caso de *carcere privado* para o effeito do nossoArt. 355, porquanto estaria em liberdade o chamado prêso.

« No transumpto da Ord L. 4ª T 75 princ. (Rebouças Observ. pags. 87 e 88) se-deveria usar de suas proprias expressões, ou, resumindo-as, na versão dellas dizêr cathegoricamente *nullos* os contractos referidos, e não *annulaveis*, por dependêr de acção e sentença a declaração formal de sua *nullidade*; pois que regra geral é sêr necessaria sentença declaratoria, ainda quando a lei diz—*por esse mesmo feito*—, conforme o Ass. de 20 de Julho de 1780. etc. »

Pois rejeita uma preciosidade, na posse indisputavel de muitas Legislações, da Doutrina, e da Jurisprudencia! A Ord. L. 4° T. 75 princ., dizendo—*não valha nem tenha effeito*—, guardou para mim a liberdade de consolidal-a, como devia, segundo os principios normaes das nullidades juridicas. O caso não é de gôsto arbitrario. E' de rigôr logico, porque, não se-negando para elle a dependencia de uma acção com a sua sentença declaratoria, só cumpria dizêr-se—*taes contractos são annullaveis*—, e não—*taes contractos são nullos*—. A differença effectiva destas duas especies lá está bem clara no Art. 686 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e vê-se reconhecida nos Reguls. do imposto de transmissão de propriedade, no de 1869 Art. 14 ns. 2° e 3°, no de 1874 Art. 34 ns. 2° e 3°.

Sim, *acção rescisoria* póde sêr *acção annullatoria*; mas póde havêr *rescisão* sem *nullidade*, como nos casos de *lesão*, *beneficio de restituição*. Se applicação tivesse o Ass. 3ª de 20 de Julho de 1780, meu escrevêr protegia-se com o moderno da legislação—*posteriora derogant priora*—; porém sua impropriedade salta aos olhos, tratando de *pena*, e não de *nullidade*. Parece

Art. 356. São porém validos os contractos feitos por prêsos em cadêas, ou detenções, publicas (15).

Art. 357. Se esses contractos se-fizérem com quem requereu a prisão, devem sêr autorisados pelo Juiz; precedendo informação sobre o motivo da prisão, justiça della, e utilidade do que se-quer contractar (16).

Art. 358. São tambem annullaveis os contractos simulados, á sabêr, em que as partes convencionarem *com malicia* o que realmente não querião convencionar; ou seja para prejudicarem á terceiros, ou para defraudarem o pagamento de impostos, ou a disposição de qualquer lei (17).

---

pena em muitos casos a *nullidade*, mas em muitos outros como os de falta de discernimento, erro invencivel, não póde parecêr *pena* sem moralidade no acto.

3.ª ED.

Os casos de nullidade dos contractos por *mêdo* ou *intimidação*, ou por qualquer género de *força*, entrão todos no que chamou—*coacção*—o Esb. do Cod. Civ.; menos o *temôr reverencial*, que não se-reputa *coacção*.

Nos casos de *erro*, que dão logar á *repetições*, entra a *condictio indebiti* por se-ter pago por *erro* o que não se-devia.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 75 § 2°.

(16) Ord. L. 1ª T. 78 § 11, e L. 4° T. 75 princ.

(17) Ord. L. 3° T. 34 § 1°, T. 59 § 25, e L. 4ª T. 71.

Estão prejudicadas as penas desta Ord., e substituidas, quando haja estellionato, pelas do Art. 264 § 4° do Cod. Crim. A denuncia, que de si mesmos derem os delinquentes, não póde mais operar o perdão, de que falla o § 1° dessa Ord. Tal denuncia importará confissão, e provará o delicto, nos termos do Art. 94 do Cod. do Proc. Crim. Vid. Not. ao Art. 591.

— *São tambem annullaveis*—: Na 1ª Edição estava—*são nullos*—, e fiz esta mudança, porque a nullidade dos contractos simulados tambem depende de acção, em que a simulação seja provada—Cod. do Com. Art. 129 n. 4°, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. A simulação do

mesmo modo que a fraude, ou qualquer outro vicio do consentimento, não se-presume; deve ser provada, á não haver lei expressa, que mande presumir em algum caso.

Não se-deve confundir a *simulação fraudulenta* com a *fraude*, posto que estes dois vicios sejão analogos, e se-distinguão do *erro*, *dolo*, e *coacção*, ou *violencia*; porque tendem ao prejuizo de pessôa, que não interveio no contracto. Quando ha *simulação fraudulenta*, as partes fazem apparentemente um contracto, que não tinhão intenção de fazêr. Quando ha *fraude*, o contracto é verdadeiro, mas feito para prejudicar á terceiro, ou evitar impostos, ou illudir qualquer disposição da lei.

Que a nullidade proveniente da *fraude* dos contractos depende de acção, é expresso no Art. 828 do Cod. do Com.; com excepção porém dos casos limitativamente declarados no Art. 827, em que a lei quer, que se-presuma fraude, e pronuncía a nullidade em beneficio da massa fallida. O Art. 129 n. 5 do cit. Cod., não obstante a generalidade da sua redacção, assim deve sêr entendido; quero dizer, com referencia aos casos limitativos do Art. 828, e nada fóra delles. É exacta a doutrina do Assento 8° do Tribunal do Commercio desta Côrte com data de 6 de Julho de 1857, entendendo o citado Art. 828 do Cod. Em verdade, quando os contractos (de fallidos, ou de pessôas não commerciantes, pois que esta doutrina é geral) não são gratuitos, não podem sêr julgados fraudulentos, sem que se-prove têr havido má fé nas duas partes contractantes. Não acontece assim, quando os contractos são gratuitos; porque basta provar má fé da parte do devedôr, isto é, conhecimento do seu estado de insolvabilidade, porquanto são preferidos os que tratão *de damno vitando* aos que tratão *de lucro captando*.

— *Convencionarem com malicia, etc.* —: Trata-se das simulações fraudulentas, ou de má fé, em prejuizo de terceiros, ou da Fazenda Nacional, ou da disposição de qualquer lei; e não das simulações innocentes. No primeiro caso, as partes contractantes não são ouvidas em Juizo sobre a simulação, ou em acções de uma contra a outra, ou em acções contra terceiros; e somente terceiros prejudicados poderáõ demandar a nullidade dos contractos simulados. No segundo caso, qualquer das partes contractantes póde contra as outras allegar em Juizo a nullidade; e esta deve sêr julgada, ou para o fim de não produzir o contracto algum effeito, ou de valêr com o seu caracter verdadeiro.

« A razão do § 1° da Ord. L. 4° T. 71 (Rebouças Observ. á este Art.) continúa á dar-se, e é a de conseguir-se, que as simulações mais facilmente sejão provadas no intuito do § 25 da Ord. L. 3° T. 59, e punidos seus perpetradores. »

Não é possivel condescendêr com esta censura. A Ord. L. 5° T. 75 sobre os *bulrões* e *illiçadores* tem referencia á especie da Ord. L. 4° T. 7° § 2°, e ás do Art. 264 §§ 1°, 2°, e 3°, do Cod. Crim.; mas não aos contractos simulados, de que trata a Ord. L. 4° T. 71. O Art. 310 do Cod. Crim., tratando de factos criminosos pela legislação anteriôr, e não considerados como taes pela legislação actual, não é applicavel ao caso dos contractos simulados, que é punivel pela legislação actual na generalidade do § 4° do citado Art. 264 do Cod. O que tem applicação é o Art. 33 do Cod. Crim., e por virtude delle as penas da Ord. L. 4° T. 71 estão substituidas pelas do estellionato na hypothese do mencionado § 4° do Art. 264. O Art. 94 do Cod. do Proc. Crim., fallando em geral da confissão do réo em Juizo competente, não exclue a confissão feita no Juizo Civil, confissão que póde sêr invocada como prova no Juizo Criminal. Eu não supponho, que tal confissão se-faça no Juizo Civil; advirto simplesmente, que ella não opéra o perdão do § 1° da Ord. L. 4° T. 71. Pela legislação actual não ha caso possivel de perdão de penas, senão nos declarados pelos Arts. 66 e 67 do Cod. Crim.

3.ª ED.

« Vigora (Rebouças Observ. pags. 89 e 90) tudo, quanto se disse em observação á Not. do Art. 358 na 1ª Edição. »

Não vigora, porque o Art. 94 do Cod. do Proc. Crim. contém uma disposição geral sobre o valôr da prova de confissão em materia criminal, disposição correspondida pelas das Ords. L. 4° T. 19 § 2°, e T. 52, e do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 155 á 165 (Consolid. Arts. 377 e 379) em materia civil. O Juizo Crim. póde funccionar para punição de *contractos simulados*, se estes fôrem estellionatos na hypothese do Art. 264 § 4° do Cod. Crim. Quando são criminosas as testemunhas de instrumentos arguidos por falsos, são accusadas, não jurão á seu favôr, jurão testemunhas contra ellas. E se não ha quem, imperfeição da justiça humana, fique impune o suppôsto crime!

Art. 359. Todos os contractos, em que se-dá, ou deixa, uma cousa por outra (18), podem sêr rescindidos por acção da parte lesada, se a lesão fôr *enorme*; isto é, se excedêr metade do justo valôr da cousa (19). (Arts. 560 e 859)

---

(18) São os contractos, que se-denominão—*commutativos* —.

(19) Ord. L. 4º T. 13 princ. e § 6º, salva a excepção do Art. 679. A expressão *lesão enorme* é vulgar, e acha-se admittida em nossos costumes. Só no § 10 a Ord. diz—*engano enormissimo*—. Veja-se o preambulo da Lei de 4 de Julho de 1776 sobre a lesão nos contractos de aforamento. (Not. ao Art. 606). Vid. Art 390 § 1.º

A regra do têxto, que faculta em geral rescindir por lesão enorme contractos commutativos, não procede nas cessões de creditos, direitos, acções, heranças, e em geral, sempre que o objecto do contracto fôr duvidoso, dependente de futuras eventualidades, expondo o adquirente á perdêr ou ganhar—Repert. das Ords. Tom. 3º pag. 348.

O § 6º da citada Ord. L. 4º T. 13 designa as *transacções* entre os contractos rescindiveis por lesão, e no Repert. Tom. 3º pag. 354 toma-se esta palavra no sentido rigorôso, opinando-se que a *transacção* (contracto de composição entre as partes para extinguirem obrigações litigiosas ou duvidosas) tambem póde sêr rescindida por lesão, reconhecendo-se todavia, que o caso é duvidoso. Entendo a Ord. por diverso modo, não tomo a palavra—*transacção*—em seu sentido rigorôso, porque a doutrina geralmente seguida é, que não se-póde allegar lesão contra as transacções. Se ellas tem por objecto direitos litigiosos ou duvidosos, se o seu fim é a prevenção de demandas, a tranquilidade das partes; nada menos razoavel, do que facilitar litigios futuros sob pretexto de lesão.

3.ª ED.

Não esqueça aqui a excepção por motivo peculiar da Ord. L. 4.º T. 13 § 8º, consolidada no Art. 679, que nega aos mestres e officiaes de Canteria, Alvenaria etc., o beneficio de rescindir por *lesão enorme* os ajustes de suas obras.

« Não parece licito (Rebouças Observ. pag. 92) pretendêr-se, que o termo—*transacções*—fosse cabido no § 6º da Ord. L. 4º T. 13, fóra de sua propria accepção juridica, etc. Não póde sêr duvidoso, que as *transacções*, propriamente ditas, sejão

Art. 360. A rescisão dos contractos lesivos será julgada pelo que vai dispôsto no Cap. da compra e venda (20), (Arts. 561 á 569)

Art. 361. O juro, ou premio, do dinheiro de qualquer especie será aquelle, que as partes convencionarem (21).

---

susceptiveis de *rescisão* ou *nullidade* por lesão enorme ou enormissima, conforme o § 6º da Ord L. 4º T. 13 etc. »

Aceito esta censura, renuncío meu pensar á cima enunciado na 2.ª Ed.. Em todos os contractos de dar-se, ou deixar-se, uma cousa por outra; amplissimamente, de *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, é de justiça soccorrêr com o beneficio de rescisão por lesão enorme ou enormissima.

Sublinhei na censura do Sr. Rebouças as palavras—*rescisão*—*nullidade*—, para accusal-o summarissimamente, mas em regra, da sua confusão de *nullidade* com *rescisão*; accusação já encetada na Not. ao Art. 355, onde distingui as *acções de nullidade* das *acções de rescisão por beneficio*. A rescisão desfaz o acto *annullavel*, ou *rescindivel sem nullidade*. No caso de *lesão enorme* sem dolo não ha *nullidade*, não ha vicio exclusorio de consentimento; e porisso a Ord. L. 4º T. 13, como está escripto no § 8º, é uma *lei de beneficio*.

O Art. 389 § 2º *infra* prova, que as *transacções* podem sêr reicindidas por *lesão enormissima*.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 13 § 6º.

(21) Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1º. Cessou portanto o vicio da *usura*, e estão sem vigôr a Ord. L. 4º T. 67, e T. 70 § 1º, e todas as mais disposições sobre *contractos usurarios*. Cessou tambem a reprovação do—*anatocismo*—, e da —*mohatra*—(Ord. L. 4º T. 67 § 8º), ficando, essas immoderadas exigencias para o fôro da consciencia. Vid. Not. ao Art. 483.

O Cod. do Com. no Tit. dos—*juros mercantis*—em nada contraría a disposição da Lei de 24 de Outubro de 1832, e tudo quanto dispõe é applicavel em materia civil. O Art. 253, quando diz—*é prohibido contar juros de juros*—, não reprova o *anatocismo*; veda unicamente, que se contem juros de juros, quando assim não se-tivér estipulado. A excepção desse Art. 253 sobre accumulações de juros em *contas correntes* não é propriamente uma excepção, é o reconhecimento da

estipulação de juros de juros, effeito implicito do *contracto de conta corrente*. Tem havido este contracto expressa ou tacitamente, sempre que duas pessôas (commerciantes ou não) estejão em relações de conta corrente; e então o credito e debito entre ellas vence reciprocamente os mesmos juros, e o saldo destes accumula-se ao do *capital*, ou *principal*, de periodo em periodo, quando a conta se liquida. As palavras desse Art. 253 —*de anno á anno*—não são taxativas, porque as partes em relações de conta corrente podem convencionar, que a conta se-liquide, de seis em seis mezes, de trêz em trêz mezes, ou em outros periodos, como acontece todos os dias. Tratando-se com banqueiros, ou sociedades bancarias, está entendido, que os periodos da liquidação de suas contas correntes são os do uso ou costume, ao qual as partes assentem tacitamente sem dependencia de estipulação expressa. O segundo periodo desse Art. 253 refere-se unicamente ás *contas correntes*, e quer dizêr, que depois de fechadas (pois fechadas estão quando se-levão á Juizo em acção contra o devedôr) não se-póde mais accumular juros ao ultimo saldo para vencerem novos juros. O Art. 254 tambem refere-se unicamente ás *contas correntes*, pois que só nestas ha contagem de juros reciprocos. Dissipe-se o erro, em que está nosso commercio sobre a inteligencia desse Art. 254 do Cod. Toda a conta não é conta corrente, uma cousa é conta simples, e outra conta corrente. Esta ultima *corre*, isto é, vai demonstrando reciprocamente as parcellas do debito e credito, sem compensação de umas com outras; para no fim do anno, ou de outro periodo, fazêr-se então a liquidação, ou compensação total. A conta simples *não corre*, applica-se a regra dos Arts. 439 e 433 n. 5° do Cod., não ha contagem de juros reciprocos; porque as quantias recebidas são pagamentos por conta, que se-compensão logo; e primeiro se-imputão em juros, quanto baste para solução dos vencidos.

Da regra do nosso Art. 361 *supra* resulta o direito do credôr para cobrar os juros ou premios estipulados, ou sejão *compensatorios* ou *moratorios*; mas esse direito cessa no caso do Art. 829 do Cod. do Com., que suspende o curso dos juros estipulados dêsde a abertura da fallencia do devedôr. Note-se, que esta suspensão é só á beneficio da massa fallida, e não do fallido. Esse Art. 829 comprehende em sua disposição todos os credôres, e não devia sêr assim.

Os credôres hypothecarios e pignoraticios devião recebêr seus juros até onde chegasse o producto dos bens hypothecados ou dados em penhôr. E como se-deve entender o Art. 831 do cit. Cod., que declara exigiveis todas as dividas passivas do fallido, ainda que não vencidas, com abatimento dos juros legaes correspondentes ao tempo, que faltar para o vencimento? Refere-se á todas as dividas, ou sómente á aquellas de que o credôr recebeu juros, ou reunio juros ao capital? É rezoavel entendêr, que refere-se á estas ultimas, para que o credôr só receba o capital effectivamente desembolsado, e a porção de juros vencidos antes da fallencia; entretanto a redacção desse Art. 831 é ampla, para não dizêr defeituosa. O defeito é evidente, quando se-diz—*a qualificação da quebra torna exigiveis*—, devendo dizêr-se—*a abertura da quebra*—. A difficuldade é maior, porque diz-se—*com abatimento dos juros legaes*—devendo dizêr-se— *com abatimento dos juros*—.

3.ª ED.

« Intoleravel é, (Rebouças Observ. pag. 94), que os contractos desses juros, quando enorme ou enormissimamente lesivos, como quaesquer outros *contractos feneraticios*, não ficassem sujeitos á acção constante do § 6° e do final do Tit. 13 da Ord. Liv. 4°; pois que, nem a mesma Lei de 24 de Outubro de 1832, nem alguma outra, o exceptúa, etc »

Em sua industria o jurisperito póde achar remedio para as exorbitancias desses *contractos feneraticios*. Quando a Ord. Liv. 4° Tit. 13 no § 6° diz—*em que se-dá ou deixa uma cousa por outra*—, não usou da palavra *cousa* em sentido stricto, sim no romano de cousa corporea e incorporea; tanto assim que nesse mesmo § 6° favorece com o beneficio da lesão enorme o uso de cousas nos arrendamentos, e no § 8° nega-o por motivo peculiar na locação d'obras (Cousolid. Art. 679). Não se-argumente com a liberdade reconhecida na Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1°, porque a mesma liberdade se-reconhece para a compra e venda na Ord. Liv. 4° Tit. 11 princ. *ibi—Cada um poderá vendêr a sua cousa pelo melhôr prêço que podêr*—; e todavia essa mesma Ord. Liv. 4° no Tit. 13 acodio aos urgidos pela necessidade, permittindo rescindir por *lesão enorme* a compra e venda.

« O Autôr da Consolid. (Orlando Cod. Com. pag. 356) diz:— E como se-deve entendêr o Art. 831 do Cod. do Com. etc.?— O maior defeito está em nossa acanhada intelligencia, por não entendêrmos o Escriptôr etc. »

Taes ingenuidades, embora ironicas, não devem ficar sem remedio. O *abatimento dos juros legaes* (palavras do Art. 831 do Cod. do Com.) refere-se por certo á dividas á vencêr,

Art. 362. Para prova desta convenção é necessaria escriptura publica, ou particular, não bastando nunca a simples prova testemunhavel (22).

---

mas nas dividas á vencêr podem occorrêr trêz hypotheses: 1.ª—O credôr, ao passar do titulo, recebeu logo os juros, e o titulo só enuncia o capital da divida: 2.ª—O credôr, ao passar do titulo, não recebeu os juros, e o titulo enuncia o valôr do capital com seus juros: 3.ª—Não se fêz assim, o titulo só enuncia o capital da divida, e promette o pagamento do capital com os juros.

A' qual destas hypotheses referio-se o *ingenuo Censôr* em seu figurado exemplo de uma letra de 1:000$000, faltando 3 mezes para seu vencimento á contar do dia da qualificação da quebra? deve-se crêr, que á 2.ª hypothese; porque abate 15$000 de juros á 6 %, e diz, que pela importancia apenas de 985$000 representará o credôr nos dividendos. Referido seu exemplo á 1ª hypothese, injustiça; porque equivaleria reduzir 1:000$000 á 985$000, á restituir o credôr á massa 15$000 de juros adiantadamente recebidos. Referido á 3ª hypothese, tambem injustiça; porque o credôr devêra figurar nos dividendos por 1:000$00, e mais pelos juros vencidos até o dia da qualificação da quebra.

Tanto é razoavel entendêr-se a referencia do Art. 831 do Cod. do Com. á 2ª hypothese, que o *modesto Censôr* nessa mesma hypothese erigio sua exemplificação. Não é razoavel applical-a na 1ª hypothese, porque não se-concebe exigibilidade de dividas passivas para a parte dellas já recebida pelo credôr, embora juros.

Para tudo ha regras! Responda-me no tribunal da razão: será justo em prejuizo da massa fallida reduzir á juros da lei os convencionados em mais elevada taxa? Será justo, ainda em prejuizo da massa, retardar para a qualificação da quebra o effeito da exigibilidade das dividas passivas com o consequente da cessação dos juros, quando não é a qualificação, sim logo a abertura da quebra, que tal effeito produz?

(22) Cit. Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 2º.

Para prova desta convenção—: a de juros ou premios do dinheiro que se-devêr, *compensatorios* em todo o caso, ainda que sejão de seis por cento ou de menos; *moratorios,* se fôrem superiôres á seis por cento, ou de seis por cento para sêrem pagos na falta do pagamento pelo simples facto do vencimento do prazo sem dependencia de constituir-se o devedôr em mora—Cod. do Com. Arts. 138, e 248. Estas disposições do Cod. do Com. são do Direito Civil. Não é só em commercio, que a lei póde mandar contar juros dêsde logo; isto tambem se dá no Direito Civil, como, por exemplo, no caso do Art. 26 do Cod. Crim. (Art. 805 Consolid). A segunda parte do Art. 248 do Cod. do Com. é igualmente applicavel em materia civil, isto é, havendo estipulação de juros sem declaração do quantitativo, ou do tempo, entende-se, que as partes convencionárão juros da lei, e só os da mora.

E' necesssaria escriptura publica, ou particular, não bastando nunca a simples prova testemunhal—: Como só exige *para prova* a escriptura publica ou particular, e não para existencia da estipulação de juros; segue-se, que é admissivel a prova da confissão, ou do juramento judicial da parte—Arts. 374 e 377, Consolid. Como admitte em geral a prova de escriptura particular, segue-se, que a prova póde sêr feita por instrumento particular assignado pelo devedôr, ou só por elle escripto sem assignatura. Como exclue a *simples prova testemunhal,* segue-se, que é admissivel a prova testemunhal como começo de prova por escripto, ou (Art. 123 Cod. do Com.) como subsidiaria de provas por escripto.

A disposição do nosso têxto (Art. 2º da Lei de 24 de Outubro de 1832) é excepcional da regra commum do Art. 368 Consolid. (Alv. de 30 de Outubro de 1793)? Sim. A estipulação de juros não se-póde provar por testemunhas, ainda que o valôr não exceda 1:200$000 rs.

Tambem é excepcional da regra do Art. 123 do Cod. do Com., que admitte a prova testemunhal nos contractos de valor não excedente á 400$000 rs.? Não, porque o Cod. do Com. é lei posteriôr.

Art. 363. Quando alguem fôr condemnado em Juizo á pagar juros, que não fôssem taxados por convenção, contar-se-hão á seis por cento ao anno (23).

---

(23) Cit. Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 3º.

O pensamento deste Art. é o mesmo dos Arts. 249 e 289 do Cod. do Com. Quaes os casos de condemnação em Juizo ao pagamento de juros não estipulados? Dão-se esses casos, sempre que demanda-se em Juizo o pagamento de dinheiro, porque os juros de seis por cento ao anno—*juros da lei*—*juros legaes*—são a indemnisação das pêrdas e interesses resultantes

da mora do cumprimento de taes obrigações. As indemnisações de pêrdas e interesses da mora no cumprimento do todas as outras obrigações resolvem-se em pagamento de sommas de dinheiro, que representão o valôr dellas; e, portanto, nas obrigações de dinheiro, a indemnisação só póde consistir em pagamento de dinheiro. Com as variadas applicações que o dinheiro póde têr, nada fôra mais perigôso que facultar a prova do damno, que soffre cada um pela privação de seu dinheiro, e lucros que poderia têr se o-recebesse no dia do vencimento da obrigação. Este perigo evitão as legislações, taxando invariavelmente o prejuizo resultante da falta de cumprimento de todas e quaesquer obrigações de dinheiro. Nem o credôr póde exigir mais á pretexto de não ficar sufficientemente indemnisado, á não havêr lei expressa que o-autorise; nem o devedôr póde eximir-se de pagar, ainda que prove não ter soffrido o credôr algum prejuizo, ou têr soffrido prejuizo correspondente á menor indemnisação. Os Juizes, em taes casos, só podem condemnar nos juros da lei, não podem mandar fazêr liquidações de prejuizos.

A redacção do Art. 249 do Cod. do Com., mais instructiva que a do Art. 3° da Lei de 24 de Outubro de 1832, resente-se do defeito de ligar a verdade, que enuncia, ao caso somente das condemnações judiciaes. Sua regra applica-se em Juizo, e fóra delle. Quem deve dinheiro, e paga depois do vencimento, está obrigado á pagar juros da lei (se não estipulou outros), sempre que este effeito da mora não dependêr de interpellação judicial. Neste sentido está bem redigido o Art. 289 do cit. Cod. quando diz—*consistindo em dinheiro, pagará por indemnisação o juro legal somente*—.

Não se-deve esquecêr, que pelo Art. 38 do Regul. Com. n. 737 a citação para conciliação, ou comparecimento voluntario das partes na audiencia do Juiz de Paz, constitue désde logo o devedôr em mora; comtanto que a acção seja proposta até um mez depois do dia, em que se não verificou a conciliação. Será da mesma maneira no Juizo Civil? Não.

Não procede a disposição do nosso texto (Art. 3° da Lei de 24 de Outubro de 1832) quanto á dividas provenientes de alcances de Thesoureiros, Collectores, ou outros empregados, ou pessôas á cujo cargo estejão dinheiros publicos, as quaes são sujeitas ao juro annual de 9 °/₀ em todo o tempo da indevida detenção—Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 Art. 43; sendo extensiva esta obrigação aos fiadôres—Port. n. 56 de 2 de Março de 1849; aos Escrivães dos Juizes de Paz, Subdelegados, e Delegados, encarregados da arrecadação do sello—Ord. n. 261 de 30 de Dezembro de 1850, aos Curadôres de heranças jacentes — Port. n. 34 de 23 de Janeiro de 1851, e aos depositarios particulares de dinheiros pertencentes á Fazenda—Ord. n. 221 de 28 de Agosto de 1851.

3.ª ED.

O Alv. de 17 de Janeiro de 1757 modificou a Ord. L. 4° T. 67, que prohibia os contractos usurarios; mas prohibindo dar-se dinheiro *á juros*, além de cinco por cento.

O Alv. de 6 de Agosto do mesmo anno facultou dar-se *á juro* de cinco por cento todas as quantias, em que as partes se-ajustassem.

O Alv. de 5 de Maio de 1810 permittio para o Commercio Maritimo dar-se dinheiro por qualquer premio.

Av. n. 75 de 20 de Março de 1849 — Marca os prasos, em que devem sêr recolhidos aos Cofres as rendas publicas, além dos quaes pagão os exactôres nove por cento de *juros*.

Av. n. 123 de 7 de Maio de 1849—Na satisfação do damno causado por Empregados alcançados, conforme os Arts. 21 e 22 do Cod. Crim., comprehendem-se os *juros*; não só os ordinarios, como até os *juros* compostos.

Av. n. 156 de 6 de Julho de 1853 —Se pelo facto da indevida detenção dos dinheiros publicos arrecadados fica sujeito o Collectôr ao *juro* de 9 °/₀ da quantia detida até sua real entrega, é fóra de duvida, que taes *juros* se-devem contar da total importancia detida.—Vid. Ords. n. 162 de 13 de Julho de 1853, e n. 167 de 29 de Julho do mesmo anno.

Lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854 Art. 13—Vid. Not. ao Art. 297 *supra*.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Arts. 31 e 32 —A' favôr da Fazenda Publica (Art. 31) contar-se-hão *juros legaes* désde que decorrêr um anno completo do fallecimento do testado ou intestado; salvo se houvér maior prazo para cumprimento do testamento, ou se fôr prorogado o tempo da conclusão do inventario:

Os *juros* do imposto da *propriedade separada do usufructo* são devidos *depois de um anno da extincção do usufructo:*

No caso de fideicommisso, depois de igual praso contado do dia, em que a propriedade passar do *dominio do fiduciario para o de seu successôr* :

O testamenteiro ou inventariante morôso (Art. 32) é *pessoal e solidariamente responsavel* pelo imposto, e *respectivos juros*, guardada a disposição do Art. antecedente (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 25, Resol. de 21 de Maio de 1821).

São inintelligiveis estas disposições do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 na parte relativa aos *juros* em casos de *usufructo*, e de *fideicommisso*, denunciando têr havido equivoco:

Quanto ao usufructo, diz elle, que os *juros da propriedade separada* (núa-propriedade) são devidos *depois de um anno da extincção do usufructo*; mas como assim, se, extincto o usufructo, não ha já propriedade separada, e o proprietario deve pagar o impôsto como nos casos ordinarios?

E se deve pagar o impôsto de transmissão de propriedade plena, quando póde têr execução o Art. 25 n. 6° liquidando a propriedade separada do usufructo no producto do rendimento de um anno multiplicado por 10? Com a núa-propriedade nada recebe o nú-proprietario, de que deva pagar impôsto; tem de recebêr a propriedade vestida, quando extinguir-se o usufructo, e pagará então o impôsto.

Quanto ao fideicommisso, cabe sem differença este mesmo reparo á respeito do *usufructo*. Estes dois casos não divergem senão pela differença ideal de propriedade quebrada no usufructo, e propriedade inteira no fideicommisso á dependêr da sobrevivencia do fideicomimssario; mas, antes do evento desta condição, e depois delle affirmativamente, são identicas as posições dos respectivos titulares. Que exprimem estas palavras—*depois de igual praso contado do dia em que a propriedade passar do dominio do fiduciario para o de seu successôr*—, se tal passagem não se-dá nunca para algum successôr do fiduciario? Evento affirmativo da condição, passão os bens para o fideicommissario. Evento negativo, passão os bens para o herdeiro ou herdeiros do constituinte do fideicommisso; que póde sêr um testadôr, ou um doadôr. E' patente o equivoco pela simples leitura do Art. 6° desse mesmo Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, onde os grâos de parentesco entre o fiduciario, e o testador, entre o fideicommissario e o testador, entre o fiduciario e fideicommissario, envolvem este assumpto em confusão impenetravel.

Av. n. 415 de 6 de Novembro de 1874—A conta do *principal* e *juros* nas execuções judiciaes deve sêr feita segundo o

Art. 364. São permittidos os *censos reservativos*, em que se-aliena um predio, reservando-se qualquer porção de fructos; ou de dinheiro de sua annual produccão, ou rendimento; ainda que haja outra especie de contracto, que lhes-mude a natureza (24).

Art. 365. São do mesmo modo permittidos os outros censos, ou tenhão a natureza de compra e venda, ou de emprestimo de dinheiro (25).

julgado, e não pelo modo por que entendêr a Thesouraria Provincial.

(24) Alv. de 16 de Janeiro de 1773 § 3°. Entre nós se-usa de taes contractos. A disposição do Art. é uma consequencia da justa faculdade conferida pelo Art. 1° da Lei de 24 de Outubro de 1832. As restricções do citado Alv., promulgadas para o Algarve, mas generalisadas pelos Praxistas, tinhão por fim cohibir as—*usuras disfarçadas*—; isto é, as pensões dos censos, que excedessem a taxa do juro. Ora, se a convenção do juro é franca, cessou a razão da Lei anteriôr, e do principio oppôsto resulta plena liberdade para convenção de censos. -A simples estipulação de *censos* não dá direito real ao credôr delles sobre o predio alienado. Não terá direito, se não estipular hypotheca, e esta não fôr registrada. Não ha hoje outros direitos reaes, senão os limitativamente designados na recente Lei hypothecaria.

(25) Estes outros censos são os chamados—*consignativos*—, de que tratão o Alv. de 13 de Dezembro de 1614, de 14 de Outubro de 1641, de 12 de Outubro de 1643, de 23 de Maio de 1678, de 15 de Setembro de 1766; de 16 de Janeiro, e 4 de Agosto, de 1773, e de 15 de Julho de 1779. Taes contractos não erão mais que emprestimos de dinheiro á juro, só com a differença de pagar-se o juro em fructos, e não em dinheiro; porém a desabrida perseguição, segundo as idéas do tempo, contra as *usuras* provocou recursos engenhosos. Para defraudar as Leis, o emprestimo foi convertido em compra e venda; o mesmo contracto de juros de dinheiro tomou esta dominação, como vê-se no citado Alv. de 23 de Maio de 1698. Desta metamorphose seguia-se, que, por sêr compra e venda (de que atè se-pagava siza), o contracto pódia sêr *lesivo*, mas não

Art. 366. A escriptura publica, ou é da *substancia* dos contractos, ou só necessaria para sua *prova* (26).

Art. 367. É a escriptura publica da *substancia*, dos contractos:

---

usurario. Seguia-se mais, que era um contracto perpetuo, e irremivel. E porquanto não fôsse esta a intenção das partes contractantes, applicou-se-lhe o pacto de—*retro*—; e dest'arte era remivel, e dava logar, á que o devedôr podesse pagar sua divida. O Alv. de 16 de Janeiro de 1773 já chama—*mutuantes*—os suppostos compradôres de *censos* e *juros*, procurando obviar as fraudes. Se actualmente não se-usa no Brazil de taes contractos, elles são possiveis, e com toda a amplitude da Lei nova de 1832. Quanto ás suas regras nada existe no Direito Patrio, que só attentou ás *usuras*. Cabe aqui a mesma observação final da Nota antecedente sobre os *censos reservativos*.

(26) Ord. L. 4° T. 19 *per totum*, Cod. do Com. Art. 124, Regul. Com. n. 737 Arts. 159, 682 § 2°, e 690.

Já observamos na Not. ao Art. 343, que o primeiro elemento dos contractos é a *capacidade das partes contractantes*; e na Not. ao Art 344, que o segundo elemento é seu *objecto*. Ora, o terceiro elemento é o seu *modo*, e o quarto é sua *fórma*. Deste ultimo elemento, no ponto de vista da *escriptura publica* (uma das fórmas dos contractos) trata-se neste Art., e no seguinte 367.

Todo o contracto (especie importante das declarações de vontade, e mesmo dos actos juridicos) tem necessariamente um *modo*, e uma *fórma*. Tem necessariamente um *modo*, porque as partes contractantes prestão seu consentimento para um ou mais effeitos designados, ou para certo fim. Tem necessariamente uma *fórma*, porque não ha contracto sem declaração de vontade, e não ha declaração de vontade sem manifestação exteriôr qualquer que ella seja, expressa ou tacita, escripta ou oral.

Mas cada *modo de contractar* entra em um genero de contractos, constitue uma especie do genero, póde ter uma modificação; e tudo isto é distincto e scientificamente regulado pelo Direito Civil com denominações proprias ou sem ellas. Ora, como sabêr qual a regra applicavel á cada um dos contractos, sem que elle tenha um modo caracteristico? As

---

partes podem contractar por um certo modo, que seja repugnante á essencia do contracto, que designão. Podem sêr omissas sobre os effeitos do contracto, podem alterar os effeitos previstos nas regras ou disposições legaes, que regulão o contracto. D'ahi a importante differença, que os Juizes e Advogados devem constantemente meditar sobre o que chamão os Autores—*essentialia negotii* (no sentido dos caracteres que varião segundo o fim particular das diversas especies de contractos, sem os quaes o contracto dado não póde existir),—*naturalia negotii* (effeitos que derivão da natureza do contracto, tal como as leis o-regulão, e que se-subentendem, ainda que as partes sejão omissas, á menos que tenhão convencionado o contrario);—*accidentalia negotii* (modificações que alterão a natureza do contracto, ou seus effeitos previstos na lei, salva porém a essencia delle).

Tambem as legislações para advertirem terceiros, que possão sêr prejudicados, exigem para certos contractos uma *fórma especial*, ora de instrumento publico em geral, ora de escriptura publica (uma das especies de instrumento publico), ora de instrumento em geral publico ou particular, ora finalmente de uma certa classe de instrumentos particulares; e tudo isto, ou em geral com os requisitos proprios de cada uma das mencionadas fórmas, ou com o additamento de requisitos e solemnidades especiaes. Em todos estes casos a fórma do contracto é um elemento essencial delle, e d'ahi a maxima *fórma dat esse rei*—. Fóra destes casos, é livre ás partes declarar sua vontade nos contractos por qualquer fórma que seja.

Assim deve sêr entendido o têxto do Art. 366 *supra*, dizendo que a escriptura publica, ou é da substancia dos contractos, ou só necessaria para sua prova. Nos casos, em que a escriptura publica é só necessaria para prova dos contractos (já que não é da essencia delles), é livre ás partes, como acabamos de dizêr, declarar sua vontade por qualquer fórma. Errão pois todos aquelles, que, não vendo uma escriptura publica, senão unicamente um instrumento particular de quantia superiôr á taxa da lei (Art. 368 Consolid.), opinão, que o contracto é nullo, e negão direito ao credôr para demandar em Juizo; ou julgão, que o credito não está provado.

Quando o legisladôr declara, que um contracto não se-póde fazêr sem escriptura publica, seu ponto de vista é o acto da celebração do contracto. Quando porém declara, que o

§ 1.° Nas doações, que devem sêr insinuadas (27): (Art. 413)

contracto não se-póde provar senão por escriptura publica, seu ponto de vista é outro, suppõe já feito o contracto; e tanto assim o-suppõe, que o-considera contestado, e dependente da necessidade de prova. Como pois entendêr neste segundo caso, que a falta de escriptura publica induz a nullidade do contracto? Se neste segundo caso a escriptura publica não é um elemento essencial do contracto, como póde havêr nullidade sem têr havido preterição de elemento essencial? O fim do legisladôr neste segundo caso, tendo sido simplesmente a prova do contracto, é claro, que tal fim se-consegue, quando a parte obrigada confessa o contracto, O complemento do Art. 366 *supra* nesta parte está no Art. 373 *infra*, que trata da confissão do devedôr pelo reconhecimento do instrumento particular, que passou e assignou, ou sómente assignou; no Art. 374 *infra*, que trata da confissão do devedôr em juramento judicial; e no Art. 377 *infra*, que trata em geral da confissão judicial do devedôr.

O Cod. do Com. tem infelizmemte concorrido para o erro, que censuramos, usando das mesmas palavras quando determina, que a fórma escripta seja da essencia do contracto, e quando quer que o contracto só possa provar-se por escripto. No Art. 265 diz, que a hypotheca *só póde provar-se* por escriptura publica; no Art. 271 diz, que o contracto de penhôr *só póde provar-se* por escripto; no Art. 300 diz, que o contracto de sociedade *só póde provar-se* por escriptura publica ou particular; e desta identidade de expressão podem concluir, e tem concluido, os imperitos, que sem fórma escripta não ha contracto de penhôr, da mesma maneira que não ha contracto de sociedade ou de hypotheca. Entretanto não é assim, porque a fórma escripta não é da substancia do contracto de penhôr. Quando a fórma escripta fôr da substancia do contracto, o legisladôr deve dizêr—*o contracto só se-póde fazêr por tal fórma*. Quando a fórma escripta fôr só necessaria para prova do contracto, deve então dizêr—*o contracto só póde provar-se por tal fórma*.

(27) Cit Ord. L. 4° T. 19 princ.

As doações devem sêr insinuadas, quando excedem as taxas designadas no Art. 411 *infra*; segundo fôrem feitas por varão, ou por molhér. Ha todavia doações, que devem sêr insinuadas, e que não dependem de escriptura publica—Not. ao Art. 413 *infra*.

§ 2.° Nos contractos de afôramento de bens ecclesiasticos (28): (Art. 605)

§ 3.° Nos contractos esponsalicios (29): (Art. 76)

§ 4.° Nos de hypotheca, salva a excepção do Art. 1280 (30):

§ 5.° Nos de compra e venda de bens de raiz, cujo valôr excedêr de duzentos mil réis (31): (Art. 590)

(28) Cit. Ord. L. 4° T. 19 princ. Na pratica reputa-se a escriptura publica como substancial de todos os aforamentos.

Devo observar, que á despeito da Ord. L. 4° T. 19 pr. muitos aforamentos de bens ecclesiasticos existem entre nós sem escriptura publica, constando apenas de assentos lavrados em livros. Para não fazêr-se injustiças, cumpre attendêr ao que sensatamente tem escripto Lobão Dir. Emphyt. Not. ao § 67.

(29) Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1°.

E' extensiva esta Lei aos contractos de casamento em geral, puramente esponsalicios, ou não—Vid. Not. ao Art. 88. Não procede a disposição do têxto no caso do Art. 78.

(30) Lei de 20 de Junho de 1774 § 33, Cod. do Com. Art. 265.

Cessou a excepção do Art. 1280, porque a recente Lei hypothecaria Art. 4° § 6° diz: « A escriptura (publica) é da substancia da hypotheca convencional, ainda que privilegiadas sejão as pessôas, que a-constituirem. »

(31) Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11. Essas compras e vendas devem sêr feitas (diz a Lei) por escriptura publica, sob pena de nullidade.

Circ. n. 49 de 22 de Janeiro de 1856, Av. n. 409 de 16 de Dezembro do mesmo anno, e Ord. n. 235 de 30 de Julho de 1858.

A escriptura publica tambem é da substancia de todo e qualquer contracto de compra e venda, troca, e dação *in solutum*, de escravos, cujo valôr ou prêço excedêr de 200$000 rs., qualquer que seja o logar em que taes contractos se-effectuarem—Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860 Arts. 11 § 3°, e 12 § 7°, e Regul. n. 2699 de 28 de Novembro do mesmo anno Art 3.° Esta disposição só vigora na Côrte e seu Municipio. Nas Provincias regem as Leis Provinciaes—Vid. Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861.

§ 6.° Quando as partes convierão expressamente em fazêr escriptura, ou se-possa presumir têr sido sua vontade não valêr o contracto sem escriptura (32). (Art. 513)

Art. 368. È necessaria a escriptura publica para *prova* dos contractos, quando o objecto delles excedêr a taxa de 800$000 r.ˢ em bens de raiz, e de 1:200$000 r.ˢ em bens moveis (33).

Art. 369. Exceptuão-se da geral disposição do Art. antecedente:

3.ª ED.

Av. n. 515 de 25 de Novembro de 1868—A venda de terras devolutas, e de outros immoveis pertencentes á Nação, sempre que exceda de 200$000 rs., deve-se fazêr por escriptura publica, sob pena de nullidade. (Recommendo a leitura deste Av.)

Av. n. 492 de 3 de Dezembro de 1872—A venda de immoveis da Nação, cujo valôr exceda de 200$000 r.ˢ, deve sêr feita por escriptura publica; não se cobrando porém o impôsto de transmissão de propriedade, por não sêr devido das *alienações* de bens nacionaes, provinciaes, e municipaes, mas simplesmente o sello proporcional. (Os Regulamentos do impôsto de transmissão, o de 1869 Art. 4° n. 1°, o de 1874 Art. 23 n. 1°, dizem com effeito:—São isentos do impôsto os actos translativos de bens DE ou PARA o Estado, Provincia, ou Municipio).

(32) Ord. L. 4° T. 19 princ. e § 1°.

(33) Alv. de 30 de Outubro de 1793, que ampliou a Ord. L. 3° T. 59. Não se-tem assim entendido este Alv., e porisso vemos estabelecida no Art. 123 do Cod. do Com. a taxa de 400$000 rs. (quanto á prova de testemunhas) para os contractos commerciaes, quando devia sêr seperiôr á dos contractos não commerciaes. Examine-se com attenção o têxto do Alv., e a presente interpretação será justificada No Officio de 23 de Setembro de 1835 até declarou-se, que o Alv. estava sem vigôr!

3.ª ED.

Leião-se para esclarecimento as observações do Sr. Rebouças (pags. 95, 96, e 97) sobre este Art. 368.

§ 1.° Os contractos celebrados nos logares, em que não houvér Tabellião, nem Escrivão do Juizo de Paz (34); e tão distantes das Cidades, Villas, e Freguezias, onde os-houvérem, que não possão as partes commodamente ir e voltar para suas casas no mesmo dia (35):

§ 2.° Os celebrados em viagem de mar, escriptos pelo Escrivão do navio; e por elle assignados, e pelas partes contrahentes, e testemunhas; comtanto que sejão depois ratificados por Tabellião, logo que chegue o navio á porto nacional (36):

§ 3.° Os contractos entre pai e filho, não o adoptivo; entre filho e mãi, entre sôgro e sogra, genro e nora durante o matrimonio; entre irmãos germanos, ou unilateraes; primos co-irmãos, e entre sobrinhos e tios (37):

Ás excepções do seguinte Art. 369 accrescem mais estas duas:

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 48 § Un.—As doações para liberdade são independentes de escriptura publica: (Art. 411)

Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 Art. 202—Os contractos dos Advogados sobre seus honorarios, qualquer que seja seu valôr, podem sêr feitos por escripto particular, assignado pelo Advogado e pelo seu cliente. (Art. 468)

(34) Lei de 30 de Outubro de 1830, Av. de 1 de Agosto de 1831, e de 25 de Outubro de 1850 nos Additamentos.

(35) Alv. de 30 de Outubro de 1793, combinado com a Lei de 30 de Outubro de 1830. O Alv. estabelece como regra o que é excepção. Inverti a redacção sem alterar o sentido.

(36) Ord. L. 3° T. 59 § 2°.

(37) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 11.

A Lei de 2 de Setembro de 1847 alterou esta Ord. quanto á prova dos contractos entre pai e filho natural? Negativamente resolve o illustrado Autôr do Commentario á essa Lei Quest. 16ª. Minhà opinião é, que ninguem á titulo de filho natural póde invocar em seu favôr a Ord. L. 3° T. 59 § 11, sem que por filho natural esteja reconhecido em escriptura publica, ou testamento, nos termos da citada Lei Arts. 2° e 3°.

§ 4.° Os contractos dos commerciantes, que se regularáõ pelas disposições do Cod. do Commercio (38):

---

(38) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 13, Ass. 6° de 23 de Novembro de 1769, Lei de 20 de Junho de 1774 § 42, Cod. do Com. Arts. 20, 22 á 25, e 121, e seguintes, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 141. Pôsto que a disposição n. 1° do Art. 23 do Cod. do Com. pareça subordinada ás palavras do côrpo desse Art., quando exige, que os *livros commerciaes* se-achem com as formalidades prescriptas no Art. 13, sem vicio, nem defeito, etc.; estará em erro quem suppozér, que sem esses requisitos taes livros não fazem prova contra commerciantes, que os escripturárão, ou mandárão escripturar, e seus successôres. É regra invariavel, que todo o instrumento particular faz prova contra quem o-escreveu, ou mandou escrevêr; e porisso diz o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 144— « Em todo o caso os actos e factos referidos, narrados, ou enunciados, fazem prova plena contra aquelle, que os-refere, narra, ou enuncia. » A exactidão do que fica dito confirma-se com a boa doutrina de Per. e Souz. § 218 e Nots. 469, e 470. Exige-se, que os *livros dos commerciantes* tenhão as formalidades do Art. 13 do Cod. do Com., estejão curiaes, sem vicios nem defeitos, e mercantilmente escripturados, só para o caso de provarem em favôr delles; e precisamente porque dá-se aqui uma excepção da regra, de que os instrumentos particulares não provão á favôr de quem os-escreveu. Esta excepção motivou a exigencia das mencionadas garantias.

Pela legislação civil acima citada os *instrumentos particulares* de contractos dos commerciantes entravão na classe dos alvarás de *pessoas privilegiadas*, susceptiveis de sêr ajuizados por assignação de dez dias—Per. e Souz. Linh. Civ. § 486 n. 2°, e Not. 958. Como porém se-deve entendêr o Art. 247 do cit. Regul. Com. n. 737? Diz no § 2°, que a *assignação de dez dias* compete aos instrumentos de contractos commerciaes, e no § 4° ás *notas promissorias* ou escriptos de transacções commerciaes. Se desta redacção resulta, que todos os *instrumentos particulares* de contractos commerciaes podem sêr demandados por *assignação de dez dias*, quaes são esses outros escriptos particulares, que o Art. 261 do mesmo Regul. faculta demandar por *acção de reconhecimento?* Não restão

§ 5.° Os dos Arcebispos, e Bispos Diocesanos, Principes, Duques, Marquezes, Condes; ainda que só por elles assignados, e passados por seus Secretarios (39): (Art. 457)

§ 6.° Bem assim os escriptos e assignados por Arcebispos, Bispos Titulares, Abbades que gozão das prerogativas episcopaes, Fidalgos, Cavalleiros Fidalgos; Doutôres em Theologia, Canones, ou Medicina, e por Magistrados (40): (Art. 458)

---

outros *instrumentos particulares* senão os de contractos, que não são commerciaes; entretanto que estes não são da competencia do Juizo Commercial, segundo a disposição dos Arts. 10 e 11. A ultima consequencia pois vem á sêr, que no Juizo Commercial são dispensaveis as *acções de reconhecimento*, ou então, que ficão letra morta os §§ 2° e 4° do Art. 247. Quem quizér andar seguro proponha *acções de reconhecimento* para não ficar expôsto ao arbitrio da interpretação dos Juizes, embora incorra na censura de imperito por não têr intentado dêsde logo uma de *assignação de dez dias.*

3.ª ED.

Esta minha censura do Regul. Com. n. 737 Art. 247 parece têr sido approvada por Orlando Cod. do Com. pag. 503, visto que simplesmente a-traslada.

(39) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 15. Os instrumentos particulares dos contractos das pessôas designadas no têxto podem sêr ajuizados por *assignação de dez dias* — Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 958.

(40) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 15. Sobre o que se-deva entendêr por *magistrados* veja-se a Not. ao Art. 458 § 4°.

Cabe aqui a mesma observação da Nota antecedente.

« Não se-achão contempladas (Rebouças Observ. á este Art.) as palavras do Alv de 30 de Outubro de 1793—*sem distincção de pessôas e de quantias*—, derogatorias do § 15 da Ord. L. 3° T. 59, etc. »

Não me consta, que alguem tenha assim entendido o Alv. de 30 de Outubro de 1793. O que se-tem entendido é, que esse Alv. elevou para o Brazil as taxas da Ord. L. 3° T. 59, mas que deixou intactas as excepções dessa Ord. Isto confirma-se com a legislação moderna citada nas Notas aos Arts. 457, 458, e 459, Consolid.

§ 7.° Os emprestimos de roupas, alfaias, animaes, e prata de serviço domestico (41):

§ 8.° As encommendas para fóra do paiz (42):

§ 9.° Os contractos feitos por Corretôres (43):

§ 10.° As entregas de objectos á Agentes de leilões, para os-venderem; e á Artistas, para os-concertarem (44):

§ 11.° Os contractos de casamento, quanto á conjuncção do matrimonio (45):

---

(41) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 16.

(42) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 17.

(43) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 19. Cod. do Com. Arts. 52, e 122 § 3°, e Regul. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 23.

(44) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 20, Cod. do Com. Arts. 68 á 73, e Regul. n. 858 de 10 de Novembro de 1851.

(45) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 21.

A disposição deste § 21 da citada Ord. em nada se-oppõe ao que observamos nas Notas aos Arts. 76 e 88 sobre a necessidade de escriptura publica para os contractos matrimoniaes, pois que não o-entendemos como Coelh. da Roch. Dir. Civ. Not. ao § 256. Suas palavras — *e quanto aos dotes, e quasquer outras convenças e promettimentos feitos nos casamentos, haverá logar o que acima dissemos no* § 11—alludem aos dotes constituidos ou promettidos pelos pais aos filhos, ou por parentes á parentes; e não aos contractos matrimoniaes, ou de casamentos. As partes nestes contractos são o espôso e a espôsa, e entre elles não ha os parentescos designados no § 11 da Ord., para que se-possa applicar este paragrapho. As constituicões e promessas de dote são contractos entre o dotadôr e o espôso ou a espôsa, e não se-confundem com os de casamento, embora possão sêr simultaneamente celebrados na mesma escriptura. Como esta Ord. tratou em geral das provas dos contractos, e como no matrimonio catholico ha contracto além do Sacramento, diz porisso o § 21—*e bem assim não haverá lugar esta lei nos contractos dos casamentos*—; note-se bem, não o que chamão-se contractos que estabelecem o regime de casamentos futuros; mas os proprios casamentos, ainda que não precedidos de contracto algum. Bem se-vê, que os casamentos provão-se sem dependencia de es-

§ 12.° As letras de cambio, de risco, e da terra, as quaes tem força d'escriptura publica (46).

Art. 370. O que se-dispõe sobre os contractos, procede tambem nos distractos; e sempre que o contracto fôr feito por escriptura publica, o distracto não se-póde provar senão por outra escriptura publica (47). (Art. 824)

---

criptura publica (Art. 99 Consolid.), e quanto á *conjuncção dos casados* podem sêr provados por testemunhas (Art. 100 Consolid.). Interessa provar a conjuncção dos casados, ou copula entre elles, para os dois effeitos designados nos Art. 118 e 149 Cansolid.

(46) Lei de 20 de Junho de 1774 § 41, Alv. de 15 de Maio de 1776, Alv. de 16 de Janeiro de 1793, Cod. do Com. Art. 425, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 247 § 3°.

São pois inuteis as palavras do § 1° desse Art. 247 do citado Regul. Com. *ibi*—e instrumentos, que são como taes considerados pelo Cod. e Leis civis—. Esses instrumentos, que tem força de escriptura publica, são precisamente as *letras de cambio*, *letras de risco*, e *lettras da terra*.

(47) Ord. L. 3° T. 59 princ., e §§ 3°, e 11. Hoje não tem logar a dispensa da prova d'escriptura publica, que era antigamente concedida pelo Desemb. do Paço—Regim. § 76, e Alv. de 24 de Julho de 1713. Veja-se o preambulo do Alv. de 30 de Outubro de 1793.

Confere a disposição do têxto com a do Art. 337 do Cod. do Com. sobre o distracto de sociedades, mas com esta differença. O Art. 370 *supra* refere-se aos casos, em que a escriptura publica é necessaria para prova dos contractos; entretanto que a fórma escripta é da essencia do contracto de sociedade, á não sêr em conta de participação. Como esse contracto póde-se fazêr por escriptura publica, ou particular, parece, que tambem se-póde distractar por qualquer destas duas fórmas; e pela de escriptura particular, embora tenha sido feito por escriptura publica. Mas o Art. 337 do Cod. dá á percebêr o contrario, que nada tem de razoavel.

3.ª ED.

Distracto ou *distracte* é a dissolução do contracto, em continuidade de effeitos, por novo contracto entre as mesmas partes;

Art. 371 Nos casos, em que a escriptura publica é necessaria para prova dos contractos, não se-admitte prova alguma de testemunhas, pôsto que a parte não se-opponha (48). (Art. 378)

Art. 372. E não se-admitte do mesmo modo a prova de escripto particular, ainda que assignado pela parte, e com muitas testemunhas (49).

Art. 373. Se porém o escripto particular fôr reconhecido em Juizo pela parte, que o-passou e assignou, ou que o-assignou somente; será attendido, como se fôra escriptura publica (50).

---

e não se confunda com *dissenso*, nem com *mutuo dissenso*. O *dissenso* é o arrependimento de uma só das partes contractantes, estando o caso *re-integra*—, isto é, antes de qualquer execução do contracto. O *mutuo dissenso* é, n'esse estado do contracto, por ora *in mente* o dissenso acceito pela outra parte. *Aliter* Coel. da Roch. Dir. Civ. § 170, dizendo—*mutuo dissenso* ou *distracte*.

(48) Cit. Ord. L. 3º T. 59 princ. no periodo final. Vid. Art. 182 § 1º do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(49) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 4º.—No Juizo Commercial não ha taxa para prova por escriptos particulares—Art. 122 § 2º do Cod. do Com..

(50) Ord. L. 3º T. 25 § 9º, e T. 59 § 10. A clausula final da Ord. L. 3º T. 25 § 9º, marcando a quantia de 60$000 rs., não se-observa no Fôro. São ajuizados por *assignação de dez dias* os escriptos particulares de qualquer valôr, se a parte os-reconhece expressamente, ou á revelia. Vid. Lob. Acç. Sum. § 706, e Art. 261 e seguintes do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Este reconhecimento produz os mesmos effeitos, ainda que não se-trate da *assignação de dez dias*, e em todos os casos póde sêr *expresso* ou *tacito*. É *tacito* no caso de revelia do citado para reconhecêr, ou porque não comparêça em Juizo na audiencia designada, ou porque comparêça e se-ausente da audiencia, ou porque comparêça e não queira pronunciar-se —Lob. Acç. Sum. § 714.

Art. 374. Outrosim, em falta de escriptura, que prove o contracto; o credor póde demandar a parte obrigada, requerendo que se-lhe-defira juramento (51).

Quid, se comparece, e nega sua assignatura? O credôr póde intentar acção ordinaria, e não prosegue a *acção de reconhecimento*—Per. e Souz. Linhas Civ. Not. 957, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 263. E na acção ordinaria póde citar o réo para depôr sobre a identidade de sua assignatura, com a pena de confesso; como poderia, se logo tivesse intentado acção ordinaria sem precedencia de *acção de reconhecimento*

Quid, se no depoimento o réo negar sua assignatura, ou insistir na mesma negativa da *acção de reconhecimento?* Será possivel ainda a prova do pedido? Aqui temos difficuldade. O que se-póde invocar em favôr do credôr é a Ord. L. 3º T. 52 pr., que declara havêr prova semiplena, quando o instrumento particular é justificado *por comparação de letra, ou qualquer outro modo*; exemplo, por testemunhas que vissem o réo assigna-lo, e reconheção sua identidade(Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 51); deferindo o Juiz nestes casos o *juramento suppletorio* Entretanto declara essa mesma Ord., que tal providencia só é applicavel nas demandas de pequeno valôr; e só nos-fica a latitude de seu § 1º, que manda attendêr á fortuna pecuniaria dos litigantes—Vid. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 166 á 172.

3.ª ED.

Minutas de contractos por escripto particular, assignadas pelas partes contractantes, são obrigatorias entre ellas á não têrem declarado expressamente o contrario.

Não são porém obrigatorias, a *pollicitação*, a *promessa*, a *proposta*, a *offerta*, antes de aceitas pela outra parte.

O consentimento tacito, ou por *silencio—quis tacet consentire videtur*,—só é obrigatorio nos casos, em que a *lei* assim expresamente o-dispõe.

Não está no mesmo caso o—*consentimento real*—, isto é, por *actos* que as partes não terião praticado, se não tivessem prestado seu consentimento; ou por *omissões*, de que não se terião abstido, se tambem não houvessem consentido.

(51) Ord. L. 3º T. 52 § 3º, T. 59 § 5º, e L. 4º T. 19 § 2º *in fin*.

Art. 375. Se a parte negar a obrigação, será excluido o credôr; se não quizér jurar, e jurar o credôr sobre a veracidade do seu direito, o juramento provará o contracto (52).

Art. 376. Nos casos, em que a escriptura publica é da substancia dos contractos (Art. 367), não têm estes firmeza, emquanto a escriptura não fôr lavrada e assignada. Até este ponto é licito á cada uma das partes arrependêr-se (53). (Art. 513)

Art. 377. Fóra desses casos (Art. 368), se a parte confessar em Juizo a convenção ajustada, será constrangida á fazêr escriptura (54).

Trata-se aqui da acção de *juramento d'alma*, a qual tambem não exclue, como a de reconhecimento do Art. antecedente, a faculdade de demandar por acção ordinaria; na tentativa de obtêr do réo uma confissão judicial, de que fallaremos na Not. ao Art. 377 *infra*. No Juizo Commercial só uma acção ordinaria é possivel em taes circumstancias, pois que o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é omisso sobre as *acções de juramento d'alma*.

(52) Citadas Ords. ao Art. 374. Este procedimento, que é o da *acção de juramento d'alma*, de que tratão a Ord. L. 1° T. 49 § 1°, e o Decreto de 10 de Maio de 1790, não tem logar, quando a escriptura é substancial do contracto — Art. 77 Consolid.

(53) Ord. L. 4° T. 19 princ. e § 1°. Vid. Not. ao Art. 517 § 2°. Não obstante a disposição da Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11, que declarou a escriptura publica essencial para compra e venda de bens de raiz de valôr excedente á 200$000 rs. (Art. 367 § 5°), continúa o costume de venderem-se por escripto particular terras é situações; e bem se-vê, que taes vendas não podem prevalecêr em face da citada Ord. L. 4° T. 19.

(54) Cit. Ord. L. 4° T. 19 § 2.° Não póde portanto a confissão supprir a escriptura publica, quando esta é da essencia ou substancia do contracto — Vid. Art. 159 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Art. 378. Se negar a convenção, não é permittido á outra parte provar o contrario com testemunhas (55). (Art. 371)

Art. 379. A confissão do devedôr acompanhada de juramento, que á requerimento do credôr se-lhe-tenha deferido, é inseparavel da qualidade, ou clausula, com que fôr feita, pôsto que tal qualidade não seja connexa ao acto (56).

Art. 380. O successôr universal, ou singular, póde provar por testemunhas os contractos do seu antecessôr; do mesmo modo que este podê-lo-hia fazêr, como pessôa exceptuada nos casos, que designa o Art. 369 § 3° (57).

— *Será constrangida á fazêr escriptura* —: E se a não quizer fazêr? *Nemo ad factum precise cogi potest*, e a confissão judicial, ou a sentenca que nella se-fundar, provará o contracto.

A confissão judicial póde ser expressa ou tacita, embora o Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 162 só falle da confissão por termo nos autos, ou em depoimento, ou nas respostas ao Juiz, ou no acto da conciliação. A citação do réo para depôr sempre se-faz com a pena de ser havido por confesso em caso de revelia, e julgada esta pena ahi temos a *confissão tacita*. E' uma omissão sensivel desse Art. 162 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 a da confissão judicial resultante dos articulados e allegações dos Advogados — Ord. L. 1° T. 48 § 15, L. 3° T. 50 § 1°, Per. e Souz. Linh. Civ. § 219, e Nota 442.

3.ª ED.

A mesma sentença (Dig. Brazil. Vol. 3° pag. 31 Not.) que manda passar a escriptura, fica servindo de escriptura.

(55) Cit. Ord. L. 4° T. 19 § 2°. Vid. Not. ao Art. 517 § 2°. Só cabe em tal caso *acção de juramento d'alma* — Arts. 374 e 375.

(56) Ord. L. 4° T. 52. A confissão é indivisivel, não póde ser aceita em parte, e rejeitada em parte — Art. 156 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(57) Ord. L. 3° T. 59 § 12.

Art. 381. Nos contractos de valôr excedente á taxa da Lei não é licito ao credôr dividir seu petitorio, restringindo-o á quantia inferiór com o fim de podê-lo provar por testemunhas (58).

Art. 382. Não só os proprios contrahentes, porém geral e indistinctamente outras quaesquer pessôas, que interessarem na prova dos contractos; são obrigadas á apresentar escriptura publica nos casos, em que a Lei assim o-exige (59).

Art. 383. A disposição do Art. 368 sobre a necessidade da prova por escriptura publica não é applicavel aos quasi-contractos (60), á prescripção (61), e aos contractos simulados (62).

---

(58) Cit. Ord L. 3.° T. 59 § 24.

(59) Ass. 1° de 5 de Dezembro de 1770. Quanto é injusta semelhante disposição! Espirito diverso dictou a legislação do Art. 304 do Cod. do Com.

(60) Ord. L. 3° T. 59 § 22.

3.ª ED.

O mais notavel dos *quasi-contractos* é a *gestão de negocios— negotiorum gestio*, que não se deve confundir com o *contracto de mandato*. Vid. Not. ao Art. 456 *infra*.

(61) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 9° *in fin.*

(62) Cit. Ord. L. 3° T. 59 § 25. *Porque o engano* (diz a Lei) *sempre se-faz encobertamente, e portanto não se-podia provar por escriptura publica*. Vid. Art. 358, e sua Not.. Na antedata ha uma simulação.

3.ª ED.

Mas deve-se provar a causa (Dig. Brazil. Vol. 3° pag 122 Not.), que faz presumir a simulação. Sem duvida, mas a causa da simulação resulta da prova dos factos articulados— *causa cognoscitur ab effectu*—.

Art. 384. As escripturas publicas devem sêr feitas pelos Tabelliães de Notas, e fóra das Cidades ou Villas pelos Escrivães do Juizo de Paz em seus respectivos districtos (63).

---

(63) Ord. L. 1° T. 78, Lei de 30 de Outubro de 1830.

As escripturas publicas de compra e venda de escravos podem ser feitas cumulativamente, e sem dependencia de distribuição, pelos Tabelliães de Notas, Escrivães do Civel, e Escrivães dos Juizes de Paz, de todas as Cidades, Villas, e Freguezias, do Imperio—Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861 Art. 1°, que alterou o de 28 de Novembro de 1860.

Os Consules dos paizes, com os quaes fôrão celebradas as Convenções citadas na Not. ao Art. 2° *supra*, estão autorisados para recebêrem em suas Chancellarias quaesquer actos convencionaes entre um ou mais dos seus concidadãos e outras pessôas; assim como qualquer acto convencional, que interesse unicamente á subditos do Imperio; comtanto que estes actos se-refirão á bens situados, ou á negocios que tenhão de sêr tratados no territorio da nação á que pertencêr o Consul. Quando estes actos se-referirem á bens immoveis situados no Imperio, o Tabellião publico do logar será chamado para assistir á sua celebração, e assigna-los com o Chanceller ou Agente, sob pena de nullidade. Quanto á hypothecas—Vid. Not. ao Art. 1279.

3.ª ED

Av. n. 210 de 19 de Maio de 1865—Aos *Escrivães do Juizo de Paz* dos Districtos de uma mesma Freguezia, mais ou menos remota, das Villas ou Cidades situadas nella, compete exercêr as funcções de Tabelliães de Notas.

Av. n. 321 de 7 de Outubro de 1867—A competencia dos *Escrivães do Juizo de Paz*, como *Tabelliães de Notas* em seus respectivos Districtos, abrange os actos dos domiciliarios na sua Freguezia, e os contractos de bens de raiz ahi situados.

Decr. n. 4859 de 20 de Dezembro de 1871 Art. 2°.—O 1° *Tabellião de Notas* servirá perante o Juiz da 1ª Vara Civel da Côrte, o 2° e 3° perante o da 2ª, e o 4° perante o da 3ª.

Decr. n. 5543 de 3 de Fevereiro de 1874—Declara a ordem da substituição reciproca dos *Tabelliães de Notas da Corte*, e os Juizes perante quem devem servir.

Art. 385. Uns e outros devem têr para esse fim os Livros necessarios, que serão abertos, numerados, rubricados, e encerrados, pelas Autoridades competentes; e antes de tudo sellados, em conformidade das leis em vigôr (64).

Muito aproveitará quem lêr a Guia Pratica, e Formulario, do Tabellião de Notas do Brazil pelo Sr. Pires Ferrão (Edição de 1871).

(64) Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 37, e Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 27 § 3°, e Art. 28. A falta de pagamento do sello dos Livros dos Tabelliães não prejudica os actos escriptos nelles, se taes actos tiverem pago o sello á que estavão sujeitos—Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843 Art. 14 § 2°. A falta de distribuição tambem não annulla as escripturas—Art. 26 da Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832, que revogou o Alv. de 23 de Abril de 1723.

3.ª ED.

Port. n. 348 de 7 de Outubro de 1857—As Camaras Municipaes não podem impôr aos *Tabelliães* mais obrigações além das do seu Regimento, nem comminar-lhes penas não decretadas pelas leis em vigôr; nem impedir os contractos, que á cada um é livre celebrar sobre suas propriedades de raiz; quer á pretexto de exhibição de titulos, quer da de conhecimento de laudemio.

Ultimo Regul. do sello n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 2°.

Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 29 §§ 8° e 9°:

Os *Tabelliães de Notas* (§ 8°) poderão fazêr lavrar as escripturas por escreventes juramentados, subscrevendo-as elles, e carregando com a inteira responsabilidade; e ser-lhes-ha permittido têr mais de um livro delles, como fôr marcado em regulamento:

Será permittido ás partes (§ 9°) indicar ao Distribuidôr o *Tabellião*, que preferem para fazêr a escriptura, sem que porisso haja compensação na mesma distribuição.

Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Arts. 78 á 80, promettido na Lei ácima Art. 29 § 8°.

Decr. n. 5738 de 2 Setembro de 1874—Marca o numero dos *Livros de Notas*, que devem têr os *Tabelliães*, e dá outras providencias, derogadas as disposições em contrario do Art. 79 do Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

Art. 386. As escripturas serão logo lavradas nos Livros das Notas, e não em papel avulso (65); e para sua solemnidade, e validade, devem contêr:

§ 1.° O dia, mez, e anno em que são feitas (66):

§ 2.° A declaração da Cidade, Villa, ou logar e casa, onde fôrem lavradas (67):

§ 3.° A declaração de conhecêr o Tabellião as partes, ou de sêrem estas conhecidas de duas testemunhas dignas de fé; que digão que as conhecem, e que assignem o instrumento (68):

§ 4.° A de têr sido lido o contracto, depois de escripto, perante as partes, e as duas testemunhas (69):

---

(65) Ord. L. 1° T. 88 § 5°. A lei diz—não as escrêvão em *canhenhos*, nem por *emmentas*, isto é, em livros ou cadernos de lembranças, e por apontamentos.

Quanto ás escripturas publicas de compra e venda de escravos, e outros contractos semelhantes, de que se-paga meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3° § 1° dispõe o seguinte:—As escripturas serão lavradas por ordem chronologica em livro especial de notas, aberto, numerado, rubricado, e encerrado, na fórma da legislação em vigor, etc.; e conterão, além das declarações exigidas pela Ord. L. 1° T. 78 §§ 4°, 5°, e 6°, e T. 80 § 7°, os nomes e moradas dos contrahentes; e o nome, sexo, côr, officio ou profissão, estado, idade, e naturalidade, do escravo; e quaesquer outras qualidades, ou signaes, que o-possão distinguir.—Esta disposição vigora somente na Côrte e seu Municipio.

(66) Ord. L. 1° T. 80 § 7°.

(67) Ord. L. 1° T. 80 § 7°.

(68) Ord. L. 1° T. 78 § 6°. Podem ser, e são de ordinario, as mesmas duas testemunhas, que intervêm no contracto nos termos do § 6°. d'este Art..

(69) Cit. Ord. L. 1° T. 78 § 4°.

§ 5.° Resalva no fim da Nota, antes das assignaturas, das emendas, entrelinhas, palavras riscadas; ou de qualquer cousa, que duvida faça (70):

§ 6.° A assignatura das partes outorgantes, e das testemunhas ao menos (71):

§ 7.° E não sabendo escrevêr qualquer das partes, assignatura de mais outra testemunha, além das duas, que declare assignar á rôgo da parte, ou das partes, que não sabem escrevêr (72).

Art. 387. Assignadas as escripturas, o Tabellião dará ás partes os competentes traslados, sendo-lhe pedidos, no prazo de trêz dias; ou no de oito dias, se a cópia fôr extensa; e

---

(70) Cit. Ord. L. 1° T. 78 § 4°. Vid. Art. 146 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(71) Cit. Ord L. 1° T. 78 § 4°.

(72) Ord. L. 1° T. 78 § 4°. O mesmo exige-se para o termo de obrigação e renuncia das Tutôras Provisionarias, como vê-se na Ord. L. 4° T. 102 § 3°, e Art. 248 *supra*. Quanto á incorporação dos conhecimentos de siza dos contractos que a pägão, veja-se o Art. 592. Quanto á incorporação das licenças dos senhorios, e recibos de laudemios, nas vendas de bens emphyteuticos, veja-se a Not. ao Art. 614 § 2°. Quanto á incorporação das certidões negativas em escripturas de hypotheca, veja-se o Art. 1309.

Se fôrem dois ou mais os outorgantes, que não souberem escrevêr, uma só testemunha póde assignar á rogo de todos. —Repert. das Ords. Tom. 4° pag. 751.

Cabe esta mesma providencia quando os outorgantes não poderem assignar seu nome por motivo de enfermidade? Não hesito sobre a affirmativa, porque a razão é a mesma da Ord. L. 4° T. 80 § 1° sobre os instrumentos de aprovação dos testamentos cerrados; equiparando-se as duas hypotheses, de não sabêr, ou não podêr o testadôr assignar.

será responsavel pelo damno, que causar com o retardamento (73).

---

(73) Cit. Ord. L. 1° T. 78 §§ 17 e 18. No caso de retardamento, a Lei manda dar as escripturas gratuitamente, o que não está em uso.

Os traslados dos contractos feitos pelos Consules, de que trata a Not. ao Art. 384, por elles legalisados, e sellados com o sêllo official do Consulado, ou Vice-Consulado, fazem fé, como se fossem os originaes; e terão a mesma força e validade, como se tivessem sido passados por Tabelliães; uma vez que os instrumentos tenhão sido lavrados conforme as leis do Estado, á que o Consul pertencêr; e tenhão sido submettidos previamente á todas as formalidades de sêllo, registro, insinuação, e quaequer outras estabelecidas por lei—Conv. Consul. citadas ao Art. 2° Consolid.

Quanto ás escripturas publicas de compra e venda de escravos, e de outros contractos equivalentes para o pagamento da meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3° § 2° dispõe o seguinte:—Da escriptura se-dará traslado ao comprador, na fórma, e dentro do prazo, da Ord. L. 1° T. 78 §§ 17 e 18, e mais legislação em vigôr—Só vigora este Decr. na Côrte e seu Municipio.

3.ª ED.

Av. n. 375 de 13 de Novembro de 1871—Aos Tabelliães cabe a raza de seis réis pelo traslado de qualquer escriptura lavrada no seu Cartorio, na fórma do Regimento de custas Art. 113 combinado com o Art. 90, e Ord. L. 1° T. 78 § 17.

Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Art. 80—Nos logares, onde existir um só Tabellião de Notas, a conferencia e o concêrto dos *traslados* far-se-hão com o Escrevente juramentado.

Av. n. 378 de 31 de Outubro de 1873—Não estão isentas de sello fixo as primeiras cópias das escripturas, que tenhão pago sello proporcional.

Incluida a siza no impôsto de transmissão de propriedade, o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 38 § Unico dispõe assim:—O conhecimento do impôsto será transcripto literalmente na escriptura. Vid. Not. ao Art. 592 *infra*.

Art. 388. Se os traslados se perdêrem, o Tabellião não dará segundos sem despacho do Juiz, perante o qual a pêrda deve sêr jurada (74).

Art. 389. São reprovados nas escripturas, e com responsabilidade criminal do Tabellião, as clausulas seguintes:

§ 1.° A de *renuncia de citação*, consentindo o contrahente em sêr condemnado e executado sem sêr citado, ou em sêr citado por elle o Distribuidor (75):

§ 2.° A *clausula depositaria*, isto é, de não sêrem as partes ouvidas em Juizo sem prévio deposito de certa quantia. Só se permitte esta clausula nas transacções sobre pleitos, sendo o deposito daquillo que os transigentes houverem recebido por effeito das transacções impugnadas, quando nellas se-acharem lesos enormissimamente (76):

§ 3.° O *juramento promissorio* de dar, fazêr, ou não fazêr, alguma cousa. Não é prohibido o *juramento assertorio*, em

(74) Alv. de 27 de Abril de 1647, que derogou a Ord. L. 1° T. 78 § 19, e L. 3° T. 60 § 6°, as quaes exigião Provisão do Desembargo do Paço.

(75) Ord. L. 4° T. 72, e Lei de 31 de Maio de 1774.

(76) Lei de 31 de Maio de 1774. Vid. Alv. de 18 de Janeiro de 1614, Decr. de 11 de Março de 1695, e Ass. de 14 de Abril do mesmo anno. As excepções sobre contractos de seguros, fretes, e soldadas do mar, pertencem á legislação commercial; no que se-deve ter em vista a latitude dos Arts. 567 § 8°, e 667 § 13, do Cod. do Com., e o Art. 294 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

3.ª ED.

Pode-se abundantemente convencionar a *clausula depositaria* nos casos dos Arts. 728, 730, e 741, Consolid.

torto, em que os contrahentes affirmem algum facto preterito ou presente (77);

§ 4.° A renuncia do direito de impugnar no prazo do Art. 488 a confissão do emprestimo (78). (Art. 489)

Art. 390. São reprovadas nas escripturas, mas sem responsabilidade do Tabellião, as clausulas seguintes:

§ 1.° A de renuncia da acção de lesão, ou a de doação da maioria do preço que a cousa valer (79),

§ 2.° A de renuncia do beneficio concedido pelo Art. 782 ás mulheres, que se obrigão como fiadoras, ou tomão sobre si obrigação alheia (80); (Art. 785)

§ 3.° A de renuncia do direito de revogar a doação por motivo de ingratidão do donatario (81); (Art. 423)

§ 4.° A de renuncia do *beneficio de divisão* entre fiadores (82). (Art. 791)

(77) Ord. L. 1° T. 78 § 13, e L. 4° T. 73. Esta Lei não é hoje dispensavel, como era antigamente pelo § 87 do Regim. do Desemb. do Paço. A Lei de 22 Setembro de 1828 guarda silencio sobre essa dispensa, e a tem abolido com a declaração generica do Art. 7°.

3.ª ED.

Este *juramento provisorio* era outr'ora o dispensado pelo Desembargo do Paço para os pactos *de non succedendo*. Vid. Not. ao Art. 353 *supra*.

(78) Ord. L. 4° T. 15 princ. — renuncia da excepção — *non numeratæ pecuniæ*.

(79) Ord. L. 4° T. 13 § 9°.

(80) Ord. L. 4° T. 61 § 9°. E' o beneficio chamado do *Senatusconsulto Velleano*. Vid. Not. ao Art. 782.

(81) Ord. L. 4° T. 63 § 10.

(82) Ord. L. 4° T. 59 § 4°. Porque a nossa Lei não admitte esse beneficio, como o Direito Romano. Os co-fiadores são obrigados *solidariamente*, a não terem convencionado o contrario.

Art. 391. As *penas convencionaes* são permittidas, mas não podem exceder o valor da obrigação principal; ou esta seja de dar, ou seja de fazer (83).

Art. 392. Se o contracto fôr nullo, ou torpe, e reprovado, a *pena convencional* será tambem nulla (84).

Art. 393. Póde qualquer renunciar o fôro do seu domicilio, obrigando-se a responder em certo e declarado Juizo; comtanto que o faça por escriptura publica, ou escripto particular com a mesma força (85).

---

(83) Ord. L. 4° T. 70 princ. e § 2°, Art. 431 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro 1850. A Lei de 24 de Outubro de 1832, facilitando a liberdade das convenções quanto aos juros, prejudica por certo o disposto na Ord. L. 4° T. 70 § 1°, que allude aos interesses do contracto de emprestimo, e os identifica com a pena convencional, mas não implica com a materia do Art. *supra.* — E'necessario distinguir os *juros*, e a *pena convencional.* Os juros não são pena, porém uma renda do capital, uma compensação do risco e prejuizos do crédor. Vid. Arts. 128 et 218 do Cod. do Com. Não se póde exigir ao mesmo tempo a *pena convencional* e o cumprimento do contracto; só tem logar demandar-se uma cousa, ou outra.

(84) Ord. L. 4° T. 48 § 1°, e T. 70 § 3°. A *pena convencional* é *obrigação accessoria*, e da natureza do accessorio é não poder subsistir sem o principal — *Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum obtinent.* Mas, como o principal não depende do accessorio, a nullidade da pena não faz nullo o contracto.

(85) Ord. L. 3° T. 6° § 2°, e T. 11 § 1°. — Vid. Arts. 62 e 64 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. E' o que se chama — *fôro do contracto* —.

A palavras do cit. Regul. Com. Art. 62 — *a responder em logar certo* — não alludem sómente ao caso da parte obrigar-se a ser citada e demandada em certo logar. Ha *fôro do contracto*, ou a parte assim estipule, ou se obrigue a pagar em certo logar. O logar do pagamento é o logar em que o crédor póde demandal-o, a não haver estipulação expressa em contrario

Art. 394. Nos compromissos arbitraes as partes podem estipular, que a sentença dos arbitros seja executada sem recurso algum (86).

---

(86) Inseri este Art., porque o contrario determinava a Ord. L. 3° T. 16 princ., o que cessou pelo Art. 160 da Const. do Imperio. O Art. 469 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 declarou o caso, já subentendido, de excederem os arbitros no julgamento os poderes do compromisso. Liga-se esta disposição ás dos Arts. 429, e 437 quando o compromisso é nullo, ou fica extincto.

3ª. ED.

Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866—Deroga (Art. 1°) o *Juizo Arbitral necessario* do Art. 20 Tit. Un. do Cod. do Com.:

O *Juizo Arbitral* (Art. 1° § 1°) será sempre *voluntario* mediante o *compromiso das partes*:

Podem as partes (Art. 1° § 2°) autorisar seus arbitros para julgarem por *equidade*, sem dependencia das regras, e fórmas do Direito.

Decr. n. 3900 de 26 Junho de 1867—Regul. do *Juizo Arbitral*, segundo a Lei acima.

Procede o cit. Regul. do *Juizo Arbitral*, qualquer que seja o caso, commercial ou não commercial.

Attenção para o Art. 9.° desse Regul.:— A clausula de compromisso sem nomeação de arbitros (*clausula compromissoria*), ou relativa a questões eventuaes, só vale como *promessa*, e para sua perfeição depende da estipulação de *compromisso* com os seus requisitos essenciaes. E' pois inutil o uso de inserir nos contractos commerciaes de sociedade, que todos as questões supervenientes sejão decididas por Arbitros. A *clausula compromissoria* não póde equivaler a compromisso, ou ser tomada como tal, ainda que as partes assim o estipulem.

O julgamento arbitral por *equidade* como autorisa o Art. 1° § 2° do cit. Regul. de 1867, é julgamento fundado na *razão absoluta*, que não se deve confundir com a *recta razão*, —*direita razão*, que é a *boa razão* da Lei de 18 de Agosto de 1769, A essas duas normas de julgar, pertencentes ao Direito do futuro, allude a définição romana — *Jus est ars boni et æqui*

Art. 395. Quando um instrumento fizer menção de outro, não se lhe dará fé, sem que o instrumento referido seja apresentado, ou esteja incorporado no referente (87).

Art. 396. Exceptua-se o caso de ter sido o Tabellião do segundo instrumento o mesmo, que fez o primeiro, se o proprio Tabellião assim portar por fé no segundo instrumento (88).

—, antes o *bom* e depois finalmente o *igual*. Diz Merlin Repert. de Jurisp. vb. *Équité*, que não ha maior *equidade* que a da *lei*. Se falla da *lei positiva*, alcançou pouco; porque o Direito positivo é transitorio, progressivo, até que afinal, pelo bem relativo, attinge o *bem absoluto da equidade*.

(87) Ord. L. 3° T. 60 princ. — *Referenti non creditur, nisi constet de relato* —. Nesta Côrte os Tabelliães registrão os instrumentos referidos, e até as proprias Procurações, mencionando nas Escripturas as folhas do Livro onde o registro é feito. Em algumas Provincias as Procurações e documentos referidos transcrevem-se nas Escripturas, o que é mais conforme á Lei, aos estilos attestados pelos Praxistas, e mais razoavel.

3ª. ED.

Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Art. 79 § 3°— Os Tabelliães poderão registrar em *Livro Especial* as procurações, e documentos, que as partes apresentarem, e de accôrdo com ellas; comtanto que na escriptura publica fação declarações, e remissão á folha desse *Livro* com as especificações necessarias, a aprazimento das partes.

O Decreto n. 5738 de 2 Setembro de 1874 Art. 1° contempla esses *Livros de Registros*.

« Entre as innovações (Consulta do Conselho d'Estado no Direito Rev. de 1874 pag. 352) propostas quanto á taxa dos salarios e emolumentos sobreleva—a que autorisa a *inserção das procurações nas escripturas publicas*. Esta *innovação* é uma reclamação bem fundada, porque vem a ser uma garantia das partes, etc. »

O que foi dito *supra* na 1ª Ed. prova, que a *inserção das procurações nas escripturas publicas* não seria uma *innovação*, usada como era em algumas Provincias. Vid. Not. ao Art. 456 *infra*.

(88) Cit. Ord. L. 3° T. 60 princ.

Art. 397. Se a escriptura publica fôr suspeita, deixará de ter fé não sendo corroborada pelo juramento das testemunhas nella assignadas; e, na falta destas, por outras testemunhas dignas de confiança, ou por outras escripturas publicas (89).

Art. 398. E' suspeita a escriptura publica, se tivèr rasura, entrelinha, ou cancellamento, em logar importante; ou se fôr suspeita a parte que a exhibir, ou se fôr suspeito o Tabellião em razão de ter sido achado em alguma falsidade (90).

Art. 399. Perdendo-se o instrumento, e tambem o Livro das Notas onde foi lançado, é admissivel a prova de testemunhas com audiencia da parte á que pertencer (91).

Art. 400. Se as testemunhas fôrem discretas e entendidas, e depuzerem sobre o teôr do contracto, seu lançamento, e perda do instrumento, a escriptura havêr-se-ha como reformada (92).

Art. 401. Se as testemunhas depuzerem unicamente sobre o lançamento do contracto, e pêrda do instrumento, e não sobre o teôr do contracto; a prova, em tal caso, não aproveitará ao credôr; salvo mostrando que ao tempo, em que o instrumento havia de sêr offerecido, perdeu-se por culpa da parte contraria (93).

Art. 402. Não sendo as testemunhas pessôas discretas e entendidas, farão somente meia prova (94).

Art. 403. Não mereceráõ fé, nem o instrumento, que contivér proposições contradictorias; nem instrumentos contra-

---

(89) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 3°.
(90) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 3°.
(91) Cit. Ord. L. 3.° T. 60 § 6°.
(92) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 6°.
(93) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 6°.
(94) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 6°.

rios uns aos outros, á não conciliarem-se as contradicções por alguma distincção razoavel (95).

Art. 404. Se os instrumentos entre si contrarios não fôrem offerecidos pela mesma parte, mas por partes diversas, dar-se-ha fé ao que fôr feito por Notario de mais credito, e tivér testemunhas mais qualificadas, e dignas de confiança (96).

Art. 405. Equivalem á escripturas publicas os termos judiciaes assignados pelas partes á respeito de qualquer contracto (97).

Art. 406. As leis, e usos, de paizes estrangeiros regem a fórma dos contractos nelles ajustados (98.)

---

(95) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 7°.

(96) Cit. Ord. L. 3° T. 60 § 7°.

(97) Ord. L. 1° T. 24 § 21, e T. 79 § 5°. Veja-se o final da Ord. L. 4° T. 102 § 3°.

3.ª ED.

Regul. n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 20—Livro de arrendamento de terrenos diamantinos, para esse effeito, terá força de *Livro de Notas*.

O ultimo Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875, sobre a administração dos terrenos diamantinos, sem repetir esta disposição, a-contém implicitamente.

Qual o valôr probatorio dos *telegrammas*, quando por elles se-contractar? Provão os contractos propostos, e os aceitos; mas é omissa nossa legislação sobre Telegraphos Electricos; á saber: Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853 Art. 11 § 3° n. 2°, Instrcç. Prov. de 17 de Março de 1855, Decr. n. 2614 de 21 de Julho de 1860, n. 2899 de 15 de Março de 1862, n. 3289 de 30 de Junho de 1864, n. 4594 de 9 de Setembro de 1870, e n. 4653 de 28 de Dezembro de 1870. Os Avisos e as Portarias tocantes á este assumpto achão-se indicadas no Repert. do Sr. Luiz Francisco Veiga pags. 51 á 57.

(98) Ord. L. 3° T. 59 § 1°, e Regul. Comm. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3° § 2°—*Locus regit actum*—.Mas para têrem fé em Juizo, e sêrem produzidos para qualquer fim legal, os actos passados em paizes estrangeiros, in-

Art. 407. Não assim os contractos celebrados por Brazileiros nos logares, onde houvér Consul Brazileiro, para têrem execução no Imperio (99).

---

strumentos, documentos, e quaesquer papeis, devem sêr competentemente legalisados pelos Consules Brazileiros—Regim. de 14 de Abril de 1834 Art. 79, Regim. de 11 de Junho de 1847 Arts. 208 e 220, Regul. Comm. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 140 § 2°. Em falta de Consules Brazileiros é applicavel a providencia do Regul. das Alfandegas de 22 de Junho de 1836 Art. 151 sobre authenticação de manifestos. Para se-apresentarem em Juizo devem sêr competentemente traduzidos em lingua nacional — Art. 151 do citado Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A providencia do citado Regul. de 22 de Junho de 1836 Art. 151 vem á sêr o reconhecimento por dois negociantes brazileiros do logar, e, não os-havendo, por dois negociantes do paiz, reconhecidas as assignaturas pela Autoridade local competente. Esta disposição sobre authenticação dos manifestos está substituida pela do Art. 400 do novo Regul. das Alfendegas n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, que na falta do respectivo Agente Consular Brazileiro, ~~ou~~ ausencia de pessôa que o substitua, exige, que a authenticação tenha sido feita pela Autoridade local; devendo neste ultimo caso sêrem reconhecidas as assignaturas pelo Consul respectivo no Imperio, se alguma duvida se-offerecêr sobre sua veracidade.

Os documentos passados em paizes estrangeiros reputão-se competentemente traduzidos em lingua nacional, quando a traducção é feita por *interprete publico*; e, na falta deste, por interprete nomeado á aprazimento das partes, o qual deve sêr juramentado—Arts. 16 e 62 do Cod. do Com., e 148 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

3.ª ED.

Os Regimentos Consulares ácima citados estão substituidos pelo ultimo Regim. Cons. n. 4968 de 24 de Maio de 1872.

Quanto ás Alfandegas, em relação á manifestos, veja-se o Art. 70 do Decr. n. 3217 de 31 de Dezembro de 1863, que alterou algumas disposições do ácima citado n. 2647 de 19 de Setembro de 1860.

(99) Cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3° § 2°. Note-se porém, que pelo Regim. vigente

Art. 408. As questões sobre o estado, e a idade, de estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contractar, serão tambem reguladas pelas leis, e usos, dos paizes estrangeiros (100).

---

de 11 de Junho de 1847 os Consules não estão autorisados para lavrar todos os contractos.

Estão porém autorisados para lavrar todos os contractos os Consules Brazileiros residentes nos paizes (França, Confederação Suissa, Italia, Portugal, e Hespanha), que celebrárão as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2° *supra*, com as limitações indicadas na Not. ao Art. 384 *supra*, quanto aos Consules desses paizes no Imperio, que tem iguaes attribuições. Vid. Art. 4° § 4° da novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

(100) Cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3° § 1°. É o que se-chama—*statuto pessoal*—, que acompanha o individuo em todo o paiz.

A redacção do Art. 1° § 1° do Regul. Com. n. 737 não é bôa, e tanto mais porque accrescenta ao que transcrevemos em nosso têxto o seguinte—*não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados na fórma do Art. 4° do Cod. do Com.; todavia os contractos não serão nullos, provando-se que vertêrão em utilidade do estrangeiro.*—Abandonei estas palavras por inuteis, ou antes, pela confusão de idéas, que revelão. A regra enunciada é verdadeira, e quer dizêr que a capacidade ou incapacidade das pessoas não domiciliadas no Imperio devem sêr julgadas pelas leis dos paizes de seus respectivos domicilios. Falla-se de *estrangeiros residentes no Imperio*, porque de ordinario as pessoas, que não tem domicilio no Imperio, são os estrangeiros, posto que nelle residão. Falla-se da *capacidade para contractar*, porque o Art. 3° § 1° do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é uma lei commercial, cujo ponto de vista é a capacidade para contractar, pois que o commercio consiste em contractos. Mas a capacidade ou incapacidade para contractar presuppõe a capacidade ou incapacidade em geral para os actos da vida civil, visto como quem é incapaz para esses actos em geral, está entendido sêr incapaz para contractar. Desta observação resulta, que são inuteis as palavras—*sobre o estado e idade*—, porquanto é o *estado civil* de cada um o que precisamente determina sua capacidade ou incapacidade, e consequentemente sua capacidade ou

---

incapacidade para contractar. A idade das pessoas entra no *estado civil*, produz a grande differença entre pessoas maiores e menores, e ahi temos dois estados oppostos entre si.

Taes são as verdadeiras idéas da presente materia, e seu estudo nos-conduz á exacta intelligencia da Lei n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, que confirma a disposição do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3° § 1°, e ao mesmo tempo a-tem ampliado. Confirma, porque diz em seu Art. 1°—*O direito, que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros ahi residentes*—; e esse direito é o de que falla o Regul. n. 737 Art. 3° § 1°, á saber,—*as leis, e usos, dos paizes estrangeiros*—. Tem ampliado, porque diz, que esse direito poderá ser tambem applicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Imperio durante a menoridade somente. Temos pois, que as leis e usos dos paizes estrangeiros regulão, não só o estado civil dos estrangeiros residentes no Imperio; como o dos filhos menores desses estrangeiros, ainda que nascidos no Imperio.

Isto em nada prejudica a nacionalidade desses filhos de estrangeiros, e tanto assim, que o Art. 1° da citada Lei diz expressamente—*e sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pelo Art. 6° da Constituição*—. Faculta-se applicar ao estado civil desses filhos menores as leis e usos dos paizes estrangeiros, á que pertencem seus pais estrangeiros, não porque esses filhos sejão tambem estrangeiros; mas porque não tem domicilio no Imperio, visto que seus pais estrangeiros tambem não o-tem. O domicilio dos menores é *domicilio necessario*, é o domicilio de seus pais, é o que se-chama em Direito—*domicilio de origem*—.

O que infelizmente tem confundido esta materia é o contagio das idéas do Direito Francez, que reputão a nacionalidade uma qualidade do estado civil, quando pela Constituição do Imperio a nacionalidade entre nós é qualidade do estado politico. Desse contagio resentem-se as doutrinas do estimavel Livro—*Direito Publico Brazileiro*—, do outro Livro não menos estimavel—*Manual do Procurádôr dos Feitos*—; e até mesmo resente-se a redacção da citada Lei de 10 de Setembro de 1860, quando diz no Art. 1°—*sem sêr por serviço de sua nação—logo que estes filhos chegarem á maioridade entrarão no exercicio dos direitos de cidadãos brazileiros etc.*—, no Art. 2° (tratando da Brazileira que casar com estrangeiro)—*seguirá a condição deste,—se enviuvar, recobrará sua condição brazileira*—.

O Art. 2° da citada Lei de 1860 enuncia pensamento analogo ao de seu Art. 1°. Assim como o domicilio dos menores filhos de estrangeiros residentes no paiz é o domicilio de seus pais, visto que o pai representa seus filhos menores; do mesmo modo o domicilio das Brazileiras casadas com estrangeiros é o domicilio de seus maridos,—*domicilio conjugal*—, visto que o marido representa a molhér. Outra intelligencia não póde ter esse Art. 2° da citada Lei, sob pena de cahir no absurdo de ter ella revogado o Art. 7° da Constituição do Imperio, addicionando um novo caso de pêrda da qualidade de cidadão brazileiro. Excluido este absurdo, fôra tambem absurdo suppôr, que a condição civil de uma pessoa se-possa refundir na de outra,—que a condição civil da molhér se-possa refundir na do marido.

Nem a Brazileira fica estrangeira por casar com estrangeiro, nem a estrangeira fica Brazileira por casar com Brazileiro. E' inaceitavel a doutrina do Av. n. 147 de 17 de Abril de 1856, reproduzida pelo Man. do Procur. dos Feitos §§ 250 e 251 n. 4°. Não bem entendêrão a Lei de 10 de Setembro de 1860 os Tribunaes de Commercio desta Côrte e de Pernambuco, mandando cassar por motivo della (como derão conta em seus Relatorios de 1861) cartas de registro de embarcações matriculadas como propriedade de Brazileiras casadas com estrangeiros. A citada Lei nada influia nessas cartas. Ha mais tempo os Tribunaes de Commercio deverião tê-las cassado, ou antes, não deverião tê-las concedido; por serem uma fraude escandalosa do Art. 457 do Cod. do Com., que prohibe á estrangeiros a propriedade no todo ou em parte de embarcações brazileiras. Taes Cartas só erão justificaveis, e ainde hoje o-são, no caso unico de possuir a molhér brazileira alguma embarcacão, e de casar depois com estrangeiro sem communicação de bens, e reservando portanto o dominio da embarcação antes possuida. Fóra deste caso defrauda-se o Art. 457 do citado Cod., visto como a embarcação anteriôrmente possuida pela molhér passa á sêr propriedade do marido; ou o marido tem parte nella. E note-se, que esta interpretação é indulgente; porque esse Art. 457 do Cod. até prohibe, que o estrangeiro tenha *interesse* em embarcação brazileira.

3.ª ED.

O Av. n. 145 de 28 de Março de 1865 justifica felizmente nossa interpretação da Lei n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, declarando com exactas razões:—que os menores nascidos no Brazil, filhos de pais estrangeiros, não estão isentos do serviço da Guarda Nacional.

Não justifica nossa interpretação o Decr. n. 3509 de 6 de Setembro de 1865 sobre a brazileira casada com estrangeiro, porque diz--*quisér recobrar sua condição de brazileira*—.

Quanto á Imperante, e Princeza Imperial, casadas com estrangeiro; taes casamentos para este importão, diz o Art. 3° do Decr. n. 1708 de 23 de Setembro de 1869, a condição de cidadão brazileiro naturalisado.

Circ. n. 291 de 11 de Agosto de 1873—Os filhos de estrangeiros, menores ou maiores de idade, nascidos no Brazil, são Cidadãos Brazileiros, estão subordinados somente ás Leis do Imperio, e ás obrigações por ellas impostas aos Brazileiros.

As questões, que o nosso Art. 408 manda julgar pelas leis e uso dos paizes estrangeiros, tem o nome de—*questões d'estado*—peculiarmente quando se referem aos direitos de familia.

Art. 409. Os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas exequiveis no Imperio, serão regulados, e julgados pela legislação do Brazil (101).

(101) Cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 4°. Estas disposições pertencem mais á legislação civil, do que á commercial. Inseridas na legislação civil, regem tambem os contractos commerciaes, pois que as leis civis são subsidiarias das do commercio.

A disposição consolidada no Art. *supra* respeita aos *effeitos dos contractos*, isto é, aos direitos, e obrigações, que os contractos produzem. Dellas resulta *a contrario sensu* (o que é exacto) a consequencia de que os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas não exequiveis no Imperio, devem sêr julgados pela legislação do paiz em que devião ter sido cumpridos, embora julgados pelas Autoridades do Imperio. E esta consequencia ainda exacta é, se a-ampliarmos á contractos ajustados no Imperio, mas exequiveis em paiz estrangeiro.

« Os contractos celebrados em paiz estrangeiro (Art. 4° § 4° da novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864) não produzem hypotheca sobre bens situados no Brazil, salvo o direito estabelecido nos Tratados, ou se fôrem

Art. 410. Presumem-se contrahidas conforme a legislação do Brazil as dividas entre Brazileiros em paiz estrangeiro (102).

TITULO II

DOS CONTRACTOS EM PARTICULAR

CAPITULO I

Da doação

Art. 411. Todas as doações (1) de bens moveis, ou immoveis, que excedêrem de 360$000 rs. sendo feitas por varão,

---

celebrados entre Brazileiros, ou em favôr delles nos Consulados; e com as solemnidades e condições, que esta Lei prescreve. » Vid. Not. ao Art. 1279.

(102) Cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 5°.

Este Art. tem sentido, se entendermos, que só refere-se aos elementos dos contractos, á saber, *capacidade*, *objecto*, *modo*, *forma;* não assim, á entendermos, que refere-se aos *effeitos dos contractos*. Se por consequencia da regra do Art. 409 *supra* os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas não exequiveis no Imperio, não podem sêr julgados pela legislação do Imperio; segue-se, que as dividas contrahidas entre Brazileiros em paiz estrangeiro, para sêrem pagas fóra do Imperio, não podem ser julgadas pela legislação do Imperio.

3.ª ED.

Esta nossa interpretação do Art. 5° do Regul n. 737 de 25 de Novembro de 1850 vemos transcripta em Orlando Cod. do Com. pags. 463 e 464.

(1) A doação, antes de aceita pelo beneficiado, é *acto unilateral*, como o testamento. Depois de aceita, é *contracto unilateral*, *gratuito*, e *consensual*. É *contracto unilateral*, porque *necessariamente* só produz para o doadôr a obrigação de entregar ao beneficiado a cousa doada, á menos que seja doação com encargos. É *contracto gratuito*, porque é só de proveito

para o beneficiado, á menos que seja remuneratoria ou com encargos. É *contracto consensual*, porque não depende da entrega da cousa doada para produzir seus effeitos; ao contrario, realisada a entrega, tem produzido no mesmo instante seus effeitos.

Todas as doações não são *actos de commercio*, porque o caracter commercial dos contractos vem da *especulação*,—da intenção de obtêr lucro ou ganho pecuniario. Qualquer acção motivada por doações é da competencia do Juizo Civil, mesmo nos casos do Art. 827 n. 1°, e 828 do Cod, do Com. sobre doações fraudulentas de fallidos.

Como a alforria gratuita tem analogia com a doação, considerada esta como acto unilateral antes de aceita pelo donatario, e como acto bilateral depois de acceita; segue-se, que as cartas de alforria por fallecimento do senhor, achadas entre seus papeis, sem que dellas tivessem conhecimento os escravos libertados, não produzem effeito senão depois do fallecimento. Os filhos pois de uma escrava libertada nestas ciscumstancias, nascidos antes de têr a carta de alforria produzido seus effeitos, antes de sêr conhecida, como se tivesse *in mente reposta*, são escravos.

3.ª ED.

Decr. n. 3725 A. de 6 de Novembro de 1866—Concede *liberdade* gratuita aos escravos da Nação designados para o serviço do exercito.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° §§ 4°, e 5°, e Art. 6°:

O escravo de condominos (Art. 4° § 4°), libertado por um delles, terá direito á sua alforria, indemnisando ao outro, ou mais condominos, da quota respectiva.

A *alforria* com a clausula de serviços por certo tempo (Art. 4° § 5°) não ficará *resolvida* (a Lei por engano diz *annullada*) pela falta de implemento dessa clausula; mas o *liberto* será compellido á cumpril-a por seu trabalho nos estabelecimentos publicos, ou por contractos de serviços á particulares: (devêra-se ter dito—*mas o liberto poderá cumpril-a*—, porque *invito beneficium non datur*; quanto mais que, sendo compellido para contractar serviços com particulares, apparece o contra senso de coagir para liberdade, qual a dos contractos.)

Serão reputados *libertos* (Art. 6º), 1.º os escravos da Nação, 2.º os de usufructo da Corôa, 3.º os de heranças vagas, 4.º os abandonados por seus senhores.

O Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 reproduz estas mesmas disposições nos Arts. 62, 63, e 75; accrescentando porém no Art. 91:

São intransferiveis os serviços dos *manumittidos gratuitamente* com a clausula de prestal-os: Poderão, porém, ser alugados.

Isto quer dizêr, que os manumittidos não podem sêr alienados para prestação dos serviços clausulares, como dispõe a L. 3ª Dig. § 17 *de statu lib.*, citada ao Art. 42; por outra, que seus serviços não podem sêr transferidos na totalidade, ou de uma só vêz; mas que são transferiveis parcialmente, ou por diversas vezes.

« Como (Rebouças Observ. pag. 100) não têr adquirido liberdade o liberto, dêsde que o senhor lh'a-concedeu, posto que dêsde logo não lh'a-dando á sabêr, e gozar? Como não sêrem livres os filhos da liberta nascidos ulteriôrmente á data do titulo da concessão de sua liberdade? »

Surgem continuamente questões, quando os principios não dominão. Se *de potentia ad actum* não colhem argumentos, se projecto não é ainda execução; como vêr alforria concedida em cartas de liberdade em podêr do senhôr, não manifestadas á ninguem, á semelhança de pensamento não expressado?

Eu disse na 2.ª Ed., como ácima lê-se—acto unilateral *antes de aceita* pelo donatario—; e não, como escreveu o Sr. Rebouças—acto unilateral *depois de aceita*—.

Não é caso inconcebivel recusar o escravo a liberdade offertada pelo senhôr, e de recusal-a entre nós escravos brazileiros ha muitos exemplos; porém este não é o caso pôsto em questão, porque, se o senhôr occultou a projectada liberdade, o escravo nada sabe para aceital-a, ou recusal-a.

Figurado o caso em doações de cousas não dar-se-hia o inculcado absurdo de sêrem logo validas como *doações entre vivos*, valendo ao contrario as liberdades como *doações causa mortis*; e tanto assim que, á sêrem doações de animaes, os fructos destes antes da morte do doadôr não serião do donatario. Rigorosamente, em taes hypotheses, fôra logicamente sustentavel não havêr doação alguma, nem *entre vivos*, nem *causa mortis*; pois, como *entre vivos* temos um projecto, como *causa mortis* um acto sem solemnidades testamentarias.

e de 180$000 rs. sendo feitas por molhér, devem sêr insinuadas (2).

Art. 412. A falta de insinuação annulla estes contractos, não no todo, mas somente no que passar das taxas estabelecidas (3).

Vingue muito embora, em prol da liberdade, a solução por mim adoptada na 2ª Ed.; mas só veja-se nisto uma alforria entre vivos, *ad instar* da outorgada em testamento ou codicillo; e não se argumente, portanto, com a herança adquirida por herdeiro insciente da sua instituição. Adquire-a sem duvida, sem obstar-lhe a insciencia; porém ahi já temos testadôr, já temos liberalidade, já temos doadôr morto. Se então o dia da morte é a data da liberalidade, nada influindo a data do testamento; o mesmo acontece no caso similar da liberdade concedida por acto entre vivos, mas só ulteriôrmente adquirida já morto o libertante.

A *doação*, como acto unilateral, era no Direito Romano um *pacto legitimo*, á par do *dote*, em que o pactuante da cousa doada é o *doadôr,—doante*; e o pactuante da cousa dotada é o *dotadôr,—dotante*. Á estas expressões, aceita a doação, correspondem as de—*donatario,—doado,—dotado*.

A *doação*, como *acto bilateral*, isto é, como contracto; é *contracto de dotação*, se o fim da doação é constituir dote; e *contracto de cessão gratuita*, se o objecto da doação é algum credito, ou pualquer direito pessoal transmissivel.

(2) A Ord. L. 4º T. 62 diz—*insinuadas, e approvadas*—, exprimindo actos diversos; mas a Lei de 22 de Setembro de 1828 diz somente—*insinuação*—. O caso é que, na pratica, está reduzido á uma vã formalidade este acto tão importante.

A disposição do têxto comprehende todas as doações, exceptuadas as do Art. 417 *infra* e sua Nota; e portanto comprehende as doações entre parentes, nos casos da Ord. L. 3º T. 59 § 11—Consolid. Art. 369 § 3º.

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 62, Lei de 25 de Janeiro de 1775. O Alv. de 16 de Setembro de 1814 triplicou as taxas da Ord. O Alv. de 30 de Outubro de 1793 nada tem com a lei da insinuação das doações. Vid. Av. n. 271 de 15 de Novembro de 1851 sobre doações de Apolices da Divida Publica, e Ord. de 28 de Março de 1840 sobre doações de terrenos de marinha.

Doações irregulares pela falta de insinuação valem como

Art. 413. A escriptura publica é da *substancia* da doação, sempre que esta dependa de sêr insinuada (4). (Art. 367 § 1°)

---

legados, se o doador viér á confirma-las em seu testamento, ainda que ao donatario não denomine legatario.

(4) Ord. L. 4° T. 19 princ.

Temos aqui uma excepção. As doações entre parentes nos casos da Ord. L. 3° T. 59 devem ser insinuadas, como observou-se na Not. ao Art. 411; porém a escriptura publica não é da substancia dellas *ex vi* da cit. Ord. § 11, e da segunda parte do § 21, que diz: « E quanto aos dotes, e quaesquer outras convenções, e promettimentos feitos nos casamentos, haverá logar o que acima dizemos no § 11. »

Quando as doações fôrem irregulares por falta d'escriptura publica, e o doadôr as-confirmar em testamento, é applicavel o que fica dito na Not. ao Art. antecedente.

3.ª ED.

« A Ord. L. 4° T. 19 princ. (Rebouças Observ. pag. 101) certamente exceptuou este caso (o da insinuação) da generalidade da Ord. L. 3° T. 59 § 11 etc. »

Não se-trata de interpretar duas *leis extravagantes*, para sêr aqui applicavel a regra—*posterior derogat priori*—. Trata-se de duas disposições de um *Côrpo de Leis*, da Ord. L. 4° T. 19, e da Ord. L. 3° T. 59 §§ 11 e 21, ambas *generaliter loquentes* sem refirirem-se uma á outra; a Ord. L. 4° T. 19 no aspecto da substancia—*forma dat esse rei*—, a do L. 3° T. 59 §§ 11 e 21 no aspecto da prova—*ad probationem tantum*—. Qual prepondera? Sem duvida a do L. 3° T. 59 §§ 11 e 21, porque na prova do contracto é presupposta sua substancia, ao passo que, não dada a substancia, não ha prova possivel. Cumprão-se as duas disposições, já que sua conciliação é tão suáve.

O Ass. de 21 de Julho de 1797 quer a insinuação para os dotes profecticios, e seu cumprimento está salvo; ou os dotes constem de escripturas publicas, ou constem de escripturas privadas.

A Lei de 6 de Outubro de 1784 regulou *esponsaes*, isto é, contractos promissorios de casamento entre esposos e esposas; mas taes contractos não são doações entre parentes, não são promessas de dotes, embora feitos algumas vêzes nas escripturas esponsalicias.

Art. 414. Deve sêr requerida a insinuação aos Juizes da primeira instancia, e averbada no Livro competente (5) dentro de dois mezes á contar da data da escriptura (6).

Art. 415. Consiste a insinuação:

§ 1.° Na inquirição do doadôr sobre sua livre e espontanea vontade, sem influencia de qualquer engano, induzimento, medo, ou conluio:

§ 2.° Na inquirição dos vizinhos do mesmo doadôr, que tenhão razão de sabêr como a doação foi feita (7).

Art. 416. Se pela inquirição ficar verificado o livre consentimento do doadôr, e removida toda a suspeita de artificio, a doação será confirmada pelo Juiz (8).

---

(5) Não me consta, que exista esse Livro.

3.ª ED.

Veja-se Rebouças Obser. pag. 102, que dá noticia desse Livro.

(6) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1°, e antes della a Ord. L. 1° T. 3° § 1°, L. 3° T. 85 § 2°, Regim. do Desemb. do Paço § 110, e Lei de 25 de Janeiro de 1775. Esta ultima Lei, que para a insinuação marcava o prazo de quatro mezes, diz — *bastando o lapso do dito termo, sem outra interpellação, para se julgarem nullas as doações*—.

(7) Ord. L. 4° T. 62 § 1°.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 62 § 1°, accommodada á Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1°. Da insinuação paga-se o imposto de 4 por cento da cousa doada, exceptuadas as doações á descendentes ou ascendentes—Tabella de 1841 § 43. O imposto refere-se á insinuação, e não á doação; e póde acontecêr, que a doação, que se-pretende insinuar, não seja confirmada. Entretanto, está em uso não lavrarem os Tabelliães as escripturas sem pagamento dos 4 por cento, cujo conhecimento transcrevem, como o das sizas.

Vid. Av. n. 178 de 11 de Julho de 1855, e Ord. n. 82 de 10 de Março de 1858. Esta Ordem confirma a excepção, que isenta do imposto as doações de qualquer valor feitas por as-

cendentes á descendentes, e vice-versa; e della conclúe o Man. do Procur. dos Feitos Not. 1179, que o imposto de 4 % paga-se do valor integral da doação sem deducção da somma, até a qual se-póde doar sem insinuação. Tal conclusão me-parece inadmissivel; porque se o imposto é da insinuação, e não da doação; torna-se claro, que não alcança a somma, até a qual se-póde doar sem insinuação. Do contrario a conclusão vai longe, e todas as doações ficarião sujeitas ao imposto, ainda que independentes da insinuação.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19—Manda comprehendêr no impôsto sob a denominação de transmissão de propriedade os *direitos de insinuação*:

A mesma Lei Art. 19 § 1° n. 2°—Quanto pagão as *doações*:

Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1°—O impôsto de *insinuação de doações* (doações *inter vivos* Art. 3° n. 2°) fica substituido pelo de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 5°):

Decr. citado n. 4355 Art. 6° § 2°, e § Unico—Para pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos nas *doações* será o declarado, ou arbitrado:

Quando (§ Unico) a transmissão se effectuar por titulo gratuito, o imposto será sempre lançado sobre o valôr della, liquido de dividas e encargos, nos termos dos Regulamentos actuaes:

Av. n. 520 de 9 de Novembro de 1869—Os *direitos de insinuação* forão substituidos pelo imposto de transmissão de propriedade, o qual deve sêr pago antes de se-lavrar a escriptura.

Av. n. 150 de 11 de Junho de 1870—A' formalidade da *insinuação* se-achão sujeitas as doações á *Fazenda Nacional*, como declara a Ord. de 29 de Agosto de 1836; importando a omissão de tal formalidade a nullidade da doação no excedente a 360$000, conforme a Ord. L. 4° T. 62.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° § 6°—As *alforrias*, quer gratuitas, quer onerosas, serão isentas de quaesquer direitos, emolumentos, ou despezas.

Av. n. 312 de 2 de Outubro de 1871—A Decis. de 29 de Agosto de 1866, não tendo preceituado doutrina em materia de doações, que se regulão pelo Direito Civil, não está a *Fazenda Provincial* adstricta á fazêr a *insinuação da doação* (de que tratava um officio), a qual é isenta do impôsto de transmissão de propriedade nos termos do Art. 4° § Un. n. 1° do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869.

Este Av. contradiz o de n. 150 de 11 de Junho de 1870 em relação á *Fazenda Nacional*. Se á insinuação não está sujeita a *Fazenda Provincial*, nos termos do Art. 4° § Un. n. 1° do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869; tambem não está sujeita a *Fazenda Nacional*, pois que o Regul. de 1869 *loc. cit.* isentou do imposto todos os actos translativos de bens para o Estado, Provincias, e Municipios. Sim, a Decis. n. 337 de 29 de Agosto de 1866 não preceituou, nem podia preceituar, doutrina em materia de doações, que se regulão pelo Direito; mas autorisou-se com a Ord. L. 4° T. 62, modelou-se pelo Direito Civil! Não haja contradicção, não se confunda a doação com a insinuação della, não se-confundão uma e outra com o imposto de transmissão de propriedade. Não se-pague o imposto nos casos, em que parecer conveniente ao Governo assim determinar; mas que a insinuação sempre se-faça, como fiscal da purêza das doações. Esta separação matará tambem a outra contradicção de cobrar-se o imposto, como de *insinuação de doações*, antes da insinuação, e podendo acontecêr que a doação não seja confirmada; contradicção reincidente do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, mandando no Art. 33 pagar sempre o imposto da transmissão *inter vivos* antes da celebração dos actos, e no Art. 38 § Un. transcrevêr nas escripturas o respectivo conhecimento.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 89—Repete a mesma disposição á cima da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° § 6°:

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 1°, Art. 22, Art. 23 n. 13, e Art. 24 n. 2°—E' devido o imposto (Art. 14 n. 1°) nas doações *inter vivos*:

Nas doações *inter vivos* (Art. 22) á parentes affins, cobrar-se-ha o imposto segundo a regra do Art. 5°:

São isentas do imposto (Art. 23 n. 13) as alforrias gratuitas ou onerosas (Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° § 6°):

Para o pagamento do imposto (Art. 24 n. 2°) o valôr dos bens transmittidos será *nas doações* o declarado ou arbitrado.

Art. 417. São isentas de insinuação:

§ 1.° As doações, ou dotes, que os pais fazem aos filhos; não excedendo as legitimas dos donatarios, e além destas as taxas do Art. 411 (9):

(9) Ass. 1° de 21 de Julho de 1797, e Ord. n. 82 de 10 de Março de 1858. Este Ass. é inexequivel, porque sem inventario dos bens do casal é impossivel sabêr, se as doações excedem as legitimas dos filhos, e até que ponto entrão na terça.

« Em nenhum caso a dependencia de inventario (Rebouças Observ. á este Art.) foi razão para se-dizêr inexequivel lei alguma. E demais, quando é que se-verifica se as doações excedem as respectivas legitimas, e o que sem dependencia de insinuação se pode doar ou tem doado validamente senão procedendo-se ao inventario dos bens do doadôr por seu fallecimento conforme a Ord. Liv. 4° T. 96 § 1°, e T. 97 §§ 1°, 3° e 4° ? E tão longe está de ser impraticavel, quanto é obvia sua pratica, e observa-se effectivamente em qualquer processo de inventario e partilha, conferindo os donatarios ou dotados o que recebêrão dos pais etc. »

Digo, que é inexequivel o citado Ass., porque em vida dos pais, ou ao tempo das doações, ou dos dotes, não se-faz inventario, nem ha exemplo disto. O inventario depois da morte dos pais doadôres, e quasi sempre annos depois das doações, não preenche o fim da Lei, não póde servir de regra para doações já feitas. Bem sei, que nos inventarios e partilhas invoca-se o citado Ass., e sem discernimento dá-se-lhe cumprimento; mas o caso é, que elle teve em vista as forças da fortuna dos pais ao tempo das doações. Nesse tempo é que os filhos donatarios tem necessidade de sabêr, se as doações devem, ou não, ser insinuadas. Póde acontecêr, que ao tempo dellas seu valor não exceda as legitimas, e as taxas, e que não seja assim attendendo-se depois da morte dos pais ao valor dos bens da herança. Póde acontecor a hypothese inversa por têrem empobrecido os pais depois das doações, e certamente não fica satisfeito o fim da Lei dando-se por validas taes doações, não obstante seu excesso na época, em que fôrão feitas.

Antes desse Ass. de 21 de Julho de 1797 sempre entendeu-se, que os dotes e as doações em contemplação do casamento não dependião de insinuação, como se-póde vêr em Lima á

§ 2.° As doações *causa mortis* (10):

Ord. L. 4° T. 62 pr. ns. 25 e 28, e Repert. das Ords. Tom. 2° pag. 182. Ora, já que o citado Ass. obriga á entendêr o contrario, cumpre determinar bem o que elle comprehende. Não se-devem confundir os contractos entre esposos estabelecendo o regime do casamento (contractos antenupciaes ou matrimoniaes) com os contractos simplesmente de dotes ou doações para casamento entre doadôres e donatarios. Estes ultimos certamente não são isentos de insinuação, não assim os primeiros; já porque entrão na classe dos *contractos onerosos*, já porque basta o casamento effectuado para justifical-os. Estão neste caso os dotes constituidos, ou promettidos, pelo esposo á esposa; e os constituidos e promettidos por parente ou pessoa estranha á um dos esposos, e pelo outro aceitos nos contractos matrimoniaes. Todavia, como nem todos entendem assim, e entre nós as questões de formalismo fascinão poderosamente o animo dos Juizes, tenha-se cuidado de nunca dispensar a insinuação. Que são exactas as distincções, que ácima tenho feito, confirma o Art. 3° § 9° da novissima Lei hypothecaria quando, fallando da insinuação dos dotes, diz—*nos casos em que a lei a exige*—.

Partilha em vida são doações entre vivos—Lob. Obrig. Recipr. § 316.

3.ª ED.

Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870 Art. 15—O disposto no Art. 19 § 1° da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 (uniformisação dos escriptos sobre a transmissão da propriedade) não comprehenderá os *dotes ou doações, que aos noivos se-fação nas escripturas antenupciaes*.

Aos casos de isenção da insinuação accresce o seguinte:

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 48 § Un. —As doações para liberdade não são sujeitas á *insinuação*.

(10) Resol. de 10 de Outubro de 1805. As antigas *doações régias* tambem erão dispensadas da insinuação pela citada Lei de 25 de Janeiro de 1775.

Pelas idéas actuaes do nosso Fôro entende-se unicamente por doações *causa-mortis* as promessas gratuitas de bens para produzir effeito depois da morte dos promittentes, e portanto revogaveis á seu arbitrio. Estas porém não são as verdadeiras doações *causa-mortis*, e porisso vem a duvida de sêrem, ou

não, isentas de insinuação as verdadeiras doações *causa-mortis*.

As promessas gratuitas de bens, para produzirem effeito depois da morte dos promittentes, não são propriamente doações; não são contractos, ainda que haja aceitação dos beneficiados; são disposições de ultima vontade, e portanto dependentes das solemnidades testamentarias. As verdadeiras doações *causa-mortis* suppoem, que os bens doados fôrão entregues aos beneficiados, e verificão-se nos dois seguintes casos: 1° quando se-impõe aos beneficiados a obrigação de restituir os bens doados, se os doadôres não fallecêrem em um lance previsto: 2°, quando se-lhes-impõe a condição de restituir os bens doados, se os doadores lhes-sobrevivêrem. Estas doações *causa-mortis* tambem são isentas de insinuação, como as outras de simples promessa de bens para depois do fallecimento? Sim, porque tambem são revogaveis á arbitrio dos doadôres. Não, se os doadôres tiverem renunciado a faculdade de revoga-las. Aqui tal renuncia é possivel, não assim nas outras doações de simples promessa. Se essas outras doações só valem como disposições de ultima vontade, a renuncia da faculdade de revoga-las não é possivel, porque as disposições de ultima vontade são essencialmente revogaveis.

Estão sujeitas á sello proporcional todas as doações, sejão *inter-vivos* ou *causa-mortis*? Parece que sim, porque a Sec. 2ª Cap. 2° Tit. 1° do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 falla em geral de escripturas ou escriptos de doação.

São revogaveis as doações estipuladas em escripturas antenupciaes para se-verificarem por morte do doadôr? Esta duvida foi affirmativamente decidida pelo Ministerio da Fazenda em 29 de Abril de 1862, interpretando o Regul. de 15 de Dezembro de 1860, em solução do quesito de estarem, ou não sujeitas á taxa essas doações. Não me-parece exacta tal decisão, nem fundada na doutrina de Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 14 § 133 n. 7°. São irrevogaveis, não só as doações promettidas entre esposos para depois do fallecimento de um delles, como as promettidas por causa de casamento para depois do fallecimento dos doadôres; entendendo-se, que nestes casos não se-dispõe dos bens por via de futura successão.

As alforrias tambem podem ser concedidas por doações *causa-mortis*—L. 15 Dig. *de manumis.*

§ 8.° As nomeações de bens aforados, se ó foreiro reserva para si o usufructo durante sua vida. Não reservando o usufructo, e transferindo logo ós bens, a doação é entre vivos (11).

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março 1874 Art. 9°—A doação *causa-mortis*, por sêr equiparada á legado, é sujeita á imposto ao tempo de tornar-se effectiva (Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 5°.)

(11) Prov. de 15 de Novembro de 1775, cit. Ass. de 21 de Julho de 1797, e Prov. de 17 de Agosto de 1801. Declara esta ultima Prov., que taes nomeações com reserva do usufructo são *irrevogaveis*. É uma singularidade á respeito dos prazos de nomeação, que entre nós não existem. A Lei suspensa de 9 de Setembro de 1769 § 9° dizia—as doações *inter-vivos* com reserva do usufructo em vida reputão-se doações *causa-mortis* sem differença alguma—Vid. Art. 643.

O Repert. das Ords. Tom. 2° pag. 181 declara procedente a insinuação quanto á qualquer pacto de não pedir, remissão, cessão de direitos, ou outra disposição gratuita; porém isso é duvidoso quanto á remissões e *renuncias gratuitas*, que em Direito não se-considerão doações. O mesmo Repert. pag. 182 declara isentas de insinuação as *doações remuneratorias*, doações com encargos, doações reciprocas, transacções; e todas estas limitações são exactas, porque as transacções não são contractos gratuitos, e taes doações não são motivadas por espirito de pura liberalidade.

Não são doações, e portanto independem de insinuação, as concessões gratuitas de terrenos com permissão de fazêr bemfeitorias, ou sem ella; ou as de uso ou gozo de quaesquer predios, ou de bens moveis; ha só *commodato* nestas concessões—Consolid. Arts. 47, e 119. O mesmo se-deve dizêr das *alforrias*, por não sêrem propriamente doações — Man. do Procur. dos Feitos § 561, e Not. 1182. Vid. Not. ao Art. 42. Não são propriamente doações (Savigny Trat. de Dir. Rom. § 148), porque uma das partes abandona uma porção de seus bens, e a outra adquire um direito, que não é patrimonial, adquire sua liberdade. Sem duvida (palavras do cit. Savigny) o senhor, que liberta um escravo, sacrifica por liberalidade uma propriedade verdadeira, e de seu lado verificão-se as condições essenciaes da doação. O escravo libertado recebe o maior beneficio, que um homem póde fazêr á outro,

Art. 418. Não devem ser insinuadas as doações remuneratorias á pessoas estranhas das familias dos doadôres, sem que primeiro legalmente se-prove a verdade dos serviços que as-motivárão, e sem prévio conhecimento da equipollencia de taes serviços aos bens doados (12).

Art. 419. A doação pura e simples, sem *condição* ou *causa*, dêsde que é aceita pelo donatario, ou em seu nome pelo Tabellião, ou por pessôa competente; não póde sêr re-

porém o senhôr não transmitte ao libertado a propriedade do escravo. Esta propriedade fica completamente anniquilada, e a alforria cria um homem livre, um sujeito capaz de direitos. A alforria testamentaria, ou entre vivos, não era doação, e nunca se-lhe-applicou a insinuação. Se no Direito Romano se-a-tem chamado *donatio*, é no sentido improprio da palavra.

3.ª ED.

Deve-se imposto de transmissão de propriedade pelas *renuncias gratuitas* á cima indicadas? Parece que não, porque de *renuncias* falla o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 no Art. 24 n. 9º; porém, sendo pagavel o imposto pelo prêço pago ao *renunciante*, ou valôr do objecto por elle recebido, segue-se a exclusão das *renuncias gratuitas*.

Na *reserva de usufructo* dá-se um caso de *tradição ficta*, não assim na reserva da *núa-propriedade*. Vid. Not. ao Art. 909 *infra*.

(12) Lei de 25 de Janeiro de 1775—Não se-tem observado esta disposição, e os Praxistas a-considerão uma consequencia das Leis de 25 de Junho de 1766, 9 de Setembro de 1769, e do Alv. de 1º de Agosto de 1774, que cessárão pelo Decr. de 17 de Julho de 1778.

Do têxto resulta, que as *doações remuneratorias* devem sêr insinuadas; mas já observei na Nota antecedente, com autoridade do Repert. das Ords. pag. 182, que taes doações não são actos de pura liberalidade.

vogada em tempo algum, salvo por ingratidão do donatario (13).

(13) Ord. L. 4º T. 63 princ.

—*Doação pura e simples*—: é em Direito, a que não é *condicional*, como a cit. Ord. explica pelas palavras—*sem condição*—; porém o pensamento desta Ord. é mais amplo, porque comprehende tambem a doação feita—*sem causa passada, presente, ou futura*—. As palavras—*causa passada ou presente*—alludem ás *doações remuneratorias*, isto é, feitas para recompensar serviços anteriôres do donatario, ou serviços actuaes. As palavras—*causa futura*—indicão o que em Direito chama-se *modo* ou *fim*; isto é, *doações modaes*,—doações feitas com o encargo de prestar o donatario algum serviço, ou de fazêr alguma cousa.

Dizendo esta Ord. princ. no primeiro periodo, que as *doações puras* não podem sêr revogadas, não se-conclua *a contrario sensu*, que são revogaveis á arbitrio dos doadôres as *doações condicionaes, as doações remuneratorias, e as doações com encargos*. As *doações condicionaes* só podem sêr revogadas por arbitrio dos doadôres, quando assim se-tem expressamente estipulado, e fóra deste caso só ficão revogadas pelo cumprimento da condição. As *doações remuneratorias*, que são contractos bilateraes, não podem sêr revogadas sem consentimento dos donatarios. As *doações com encargos* estão no mesmo caso das condicionaes, e só podem sêr revogadas, se os donatarios não cumprem o encargo. Este caso está comprehendido no § 5º da citada Ord. (Art. 420), como de revogação por motivo de ingratidão; o que não guarda harmonia com o preambulo da Ord., porisso mesmo que tal caso não é de doação pura e simples.

Dizendo esta mesma Ord. princ. no segundo periodo, em referencia ás doações puras, que os doadôres podem revogal-as por causa de ingratidão; tambem não se-conclua *a contrario sensu*, que a revogação por ingratidão não é concedida relativamente á todas as outras doações, que não são puras. A conclusão fôra procedente quanto ás *doações remuneratorias*, que certamente o doadôr não póde revogar por causa de ingratidão. Não fôra porém procedente quanto ás *doações condicionaes*, e *doações com encargos*. Quanto ás *condicionaes*, porque antes do cumprimento da condição póde dar-se ingratidão do donatario, e portanto applica-se o pensamento da lei. Quanto ás *doações com encargos*, porque

Art. 420. É porém revogavel a doação condicional, se o donatario deixar de cumprir qualquer promessa, á que por motivo da doação sujeitou-se para com o doadôr (14).

---

tanto é possivel sua revogação por ingratidão, que o caso está previsto no § 5° da Ord., e vai consolidado no Art. 420.

A alforria por acto entre vivos tambem é irrevogavel dá parte do senhor, ou de seus herdeiros—Cod. da Luisiana Art. 189.

3.ª ED.

Causa no sentido juridico do nosso Art. 419 é o que chamão os philosophos—*causa impulsiva—causa final*—. *Causa impulsiva*, quando *passada* ou *presente*, de que póde originar-se a acção—*condictio ob turpem causam*—, de que trata Cor. Tel. Dout. das Acç. § 247. *causa final*, quando *futura*, de que póde originar-se a acção—*condictio causa data, causa non secuta*—, de que trata o mesmo Autôr § 245. *Causa* em geral é a razão,—o motivo, do acto ou contracto, que nos gratuitos ou beneficos é o sentimento de bem fazêr; e nos onerosos ou lucrativos é o que se-recebe pelo que se-dá. D'ahi a acção—*condictio sine causa*—, de que trata o cit. Autôr § 253.

(14) Cit. Ord. § 5°. Tambem é revogavel, dizem os Praxistas, pela superveniencia de filhos ao doadôr, autorisando-se com a Ord. L. 4° T. 65 princ., relativa ás doações entre marido e molhér. Eu não vejo tal na Lei, embora Mell. Freir. L. 4° T. 3° § 3° diga com sua autoridade magistral, que a Ord. deve sêr assim entendida. Seu commentadôr Liz Teixeira Tom. 1° pag. 513 com muita razão não conformou-se com tal intelligencia.

Será revogavel, como igualmente dizem os Praxistas, por ser *inofficiosa*, isto é, quando feita pelo pai em fraude das legitimas de seus filhos? Tambem não vejo isto em alguma lei nossa, nem ha exemplo em nosso Fôro de revogação por tal motivo de doação feita pelo pai á estranhos. As *doações inofficiosas*, que conhecemos, são as da Ord. L. 4° T. 97 § 3° (Arts. 1197, e 1198, Consolid.), feitas pelo pai ou pela mãi á algum de seus filhos em prejuizo das legitimas dos outros. Póde-se entretanto argumentar com a Ord. L. 4° T. 47 § 1° (Arts. 91, e 92, Consolid.), e T. 65 §§ 1° e 2° (Arts. 139 á 142, Consolid.), porque a razão é a mesma.

É porém revogavel a doação, sempre que fôr feita em fraude de credôres—Vid. Nots. aos Arts. 383 e 385. Em materia de fallencia nosso Cod. do Com. Art. 827 n. 1° estabelece em favôr da massa fallida somente um caso de presumpção de fraude dessas doações em prejuizo de credôres; á saber, quando são feitas depois do ultimo balanço, constando deste que o activo era inferiôr ao passivo. Fóra deste caso a fraude das doações deve sêr provada, como diz o Art. 828 do cit. Cod.. Tal prova existe (trate-se ou não do devedôr fallido) convencendo-se que na época da doação o doadôr achava-se em estado de insolvencia, ou reduzio-se á tal estado por motivo da mesma doação; sem que seja necessario provar que, da parte do donatario houve má fé, *scilicet*, conhecimento da insolvencia do doadôr—L. 6ª § 11 Dig. *quæ in fraud. cred.*, Corr. Tell. Dout. das Acç. § 108 Not. 1.

O que se-acaba de dizêr sobre a fraude das doações procede sem differença quanto ás *alforrias* em fraude dos credôres de quem as-concede—Inst. *Qui et a quib. ex caus. manumit. non pos.* § 3° Dig. *qui et a quib. manumis. lib. non fiunt*, Cod. *qui manumit. non pos. et ne in fraud. credit. manumit.* Vid. Not. ao Art. 1131 Consolid. Tudo que ahi se-diz sobre fraude de alforrias concedidas em disposição de ultima vontade, é applicavel ás concedidas por acto entre vivos.

3.ª ED.

Quando as doações condicionaes fôrem de immoveis, tenha-se em vista o Art. 8° § 5° da Lei Hypothec. n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e Art. 275 do seu Regul. n. 345 de 28 de Abril de 1865, sobre o registro do implemento, ou não implemento, das *condições suspensivas*, e das *resolutivas*, por meio da declaração dos interessados, fundada em documento authentico, ou approvada pela parte, previamente notificada para assistir á averbação.

A doação pode sêr *condicional* por *condição suspensiva*, ou *condição risolutiva—resolutoria*—. O nosso Art. 420 refere-se á *doação condicional* por *condição resolutiva*.

A *condição suspensiva*, até que se-cumpra, impede *direito adquirivel*, só dá ao credôr a *esperança*—SPES DEBITUM IRI—, transmissivel *causa mortis* para o *nú-proprietario* no *usufructo*; e uma esperança theologal—*spes dominium ire*—, in-

Art. 421. São causas de ingratidão para revogar-se a doação:

§ 1.° Se o donatario em presença, ou na ausencia, do doadôr, injuriou-o gravemente (15):

§ 2.° Se o ferio, ou lhe pôz as mãos com animo de injuria-lo e deshonra-lo (16):

§ 3.° Se lhe-machinou grave prejuizo, ainda que não o-levasse á effeito (17):

§ 4.° Se attentou contra a vida do doadôr (18).

---

transmissivel *causa mortis* para o *fideicommissario* na *substituição fideicommissaria*.

A *condição resolutiva*, até que se-cumpra, conserva *direito adquirido*; e, cumprida, resolve, revoga *tal direito adquirido*.

(15) Ord. L. 4° T. 63 § 1°.

(16) Cit. Ord. L. 4.° T. 63 § 2°.

(17) Cit. Ord. L. 4.° T. 63 § 3°.

(18) Cit. Ord. L. 4° T. 63 § 4°. Por estas mesmas causas, além de outras, a cit. Ord. permitte nos §§ 7°, 8°, e 9°, a revogação das alforrias. Quanto aos libertos nascidos no paiz, a revogação não é possivel—Const. do Imp. Art. 6° § 1°, e Art. 94 § 2°.

« E que tem que os libertos (Rebouças Observ. á este Art.) pelo facto de o sêrem adquirão a qualidade de cidadão, para que deixem de a-perdêr, uma vêz que tornados ao captiveiro? O ingenuo é sujeito a perdêr a qualidade de cidadão, incorrendo nessa pena em qualquer dos casos previstos na Const., por mais que seja impossivel deixar de sêr ingenuo dêsde que nascido de ventre livre. E como não perdêr o liberto a qualidade adventicia de cidadão pelas mesmas razões, por que a-póde perdêr o ingenuo, á quem a mesma qualidade é inherente; e muito essencialmente perdendo a indispensavel qualidade de liberto, e por causa de qualificada ingratidão para com seu libertante? »

Procederia esta argumentação, se eu negasse, que o liberto perdia a qualidade de cidadão pelas mesmas razões, por que póde perdê-la o ingenuo; ou se o ingenuo pelo facto de perdêr a qualidade de cidadão ficasse escravo, como o liberto, cuja alforria fôsse revogada por ingratidão. Nada disto. A impossibilidade vem, admitida a revogação das alforrias por ingra-

Art. 422. Mas, se a doação foi feita á algum seu filho por doadôra viuva, que depois tornou á casar, só poderá sêr revogada nos casos seguintes:

§ 1.° Se o donatario attentou contra a vida della:

---

tidão, de termos mais um caso de pêrda dos direitos de cidadão além dos três, que o Art. 7° da Const. do Imperio taxativamente designa; e creio, que por este motivo nossas idéas fôrão approvadas como verdadeiras no Relatorio da illustrada Commissão, que revio nosso trabalho. Tanto tem elle de razoavel que, não obstante a Ord. L. 4° T. 63 § 7°, os Praxistas entendião, que não era possivel revogar por ingratidão a alforria do liberto clerigo—Lima á esta Ord. n. 5.

A razão entretanto, devo confessa-lo, não é invencivel; porquanto, além deste caso de revogação de alforria, podem dar-se outros, ou por effeito de nullidade em geral (L. 19 Dig. *qui et a quib. manumis.*), ou particularmente quando a alforria é concedida em fraude dos credôres do libertante, da legitima ou legitimas de seus herdeiros necessarios, ou da meação e direitos de sua molhér.

Ceda embora ao Art. 7° da Const. do Imperio a revogação da alforria por ingratidão do libertado para com o libertante, já que esta causa de revogação é toda pessoal, e não offende direitos de terceiros. Repugna porém salvar a lei fundamental á custa da moralidade, e do prejuizo de terceiros, nos casos, em que as alforrias são fraudulentas. Não se-póde suppôr, que fôsse este o alcance do Art. 6° § 1° da Const., declarando que os libertos são cidadãos brazileiros.

Admittido este caso possivel de revogação de alforrias, *quid*— se a liberta teve filhos depois da alforria? A solução é a mesma, como no caso da revogação por ingratidão, e acha-se na Lei 2ª Cod. *de libert. et eorum liber.* São escravos os filhos concebidos depois da revogação, não assim os concebidos antes della—Consolid. Art. 1°.

3ª ED.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4° § 9°—Fica derogada a Ord. L. 4° T. 63 na parte, que revoga as alforrias por ingratidão.

Repetida no Art. 94 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873.

§ 2.° Se lhe pôz as mãos irosamente:

§ 3.° Se lhe-machinou a pêrda de todos os seus bens (19).

Art. 423. O direito de revogar a doação por motivo de ingratidão não se-transmitte aos herdeiros do doadôr, nem contra os herdeiros do donatario (20). (Art. 390 § 3°)

Art. 424. O donatario não tem acção para engeitar a cousa doada, como a-tem o compradôr no caso do Art. 559 (21).

Art. 425. E' nulla a doação entre vivos de todos os bens sem reserva do usufructo, ou do necessario para subsistencia do doadôr (22).

Art. 426. As doações feitas por homem casado á sua concubina, não só podem sêr annulladas pela molhér, na conformidade do Art. 147; como pelos filhos desta, e outros seus herdeiros necessarios (23). (Arts. 1327, 1328, e 1329)

Art. 427. Concede-se este direito á molhér, ou esteja na companhia de seu marido, ou delle separada; e ainda que a doação fôsse disfarçada em venda, ou em outro contracto (24).

---

(19) Ord. L. 4° T. 63 § 6°.

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 63 § 9°. Está claro, que os herdeiros podem proseguir na acção, que foi começada pelos proprios doadôres.

(21) Ord. L. 4° T. 17 § 9°.
O que se-diz dos *vicios redhibitorios* tambem procede quanto á *evicção*. Ha porém varios casos, em que o doadôr é responsavel pelos *vicios redhibitorios*, e pela *evicção*; á saber: 1°, quando a doação foi remuneratoria; 2°, quando foi com encargos; 3°, quando foi feita por causa de casamento; 4°, quando de má fé se-fêz doação de cousa alheia; 5°, quando o doadôr expressamente convencionou tal responsabilidade.

(22) Ord. L. 4° T. 70 § 3°.

(23) Cit. Ord. L. 4° T. 66.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 66.

Art. 428. A molhér nestes casos poderá reivindicar os bens sem por elles pagar prêço algum (25).

Art. 429. O que se-dispõe sobre as doações feitas á concubina é applicavel á qualquer outra molhér, com quem o marido tivesse affeição carnal (26).

CAPITULO II

Do deposito

Art. 430. Para prova do deposito exige-se escriptura publica, sempre que o valôr exceda a taxa da Lei (1).

---

(25) Cit. Ord. L. 4° T. 66.
(26) Cit. Ord. L. 4° T. 66.
(1) Ord. L. 3° T. 30 § 2°. O *deposito miseravel* em caso de incendio, ou naufragio, está naturalmente exceptuado desta disposição; assim como o *deposito necessario*, que é occasionado por alojamento em hotel ou estalagem.
Ao *deposito necessario* contrapõe-se o *deposito voluntario*, ambos creados por contracto. A disposição do nosso têxto, exigindo a prova por escriptura publica, se o valor do deposito excede a taxa da lei (Art. 386 Consolid.), refere-se unicamente ao *deposito voluntario*. Os depositos, que não são creados por contractos; isto é, os creados por lei, ou decreto judicial, devem sêr julgados por suas disposições proprias; advertindo porém que, no que respeita aos *effeitos* de todos os depositos, as disposições legaes, e a doutrina, tem quasi sempre indistincta applicação.
Como nosso têxto só exige escriptura publica para prova dos depositos excedentes á taxa da lei, segue-se, que a escriptura publica não é da essencia do contracto de deposito. Isto confirma o disposto no Art. 281 do Cod. do Com., com a differença de exigir em geral escripto assignado pelo depositario; escripto que póde sêr escriptura publica, ou instrumento particular. Pôsto que esse Art. 281 do citado Cod. diga — *este contracto só póde provar-se* —, palavras identicas ás do Art. 265 sobre a hypotheca convencional, de cuja essencia é a escriptura publica; não se-deve entendêr o mesmo, quanto ao contracto de deposito. A respeito deste impéra a regra do Art. 690 do Regul. n: 737, e a dedúzida *a contrario sensu* do

Art. 159 desse Regul. Em falta de escriptura publica, ou de instrumento particular assignado pelo depositario, deve-se julgar provado o deposito, se o depositario confessa-o em Juizo.

O contracto de deposito é *bilateral imperfeito*, porque *necessariamente* só produz obrigações para o depositario, sendo as do depositante *effeitos accidentaes*. E *contracto real*, porque não produz effeitos senão depois da entrega da cousa depositada ao depositario; e assim resulta do Cod. do Com. Art. 281, dizendo, que o contracto fica perfeito pela tradicção real ou symbolica da cousa depositada.

Póde sêr *civil* ou *commercial*. Sendo *civil*, presume-se *gratuito*, á não provar-se que houve ajuste expresso de uma retribuição ou commissão para o depositario. Sendo *commercial* tal commissão se-presume, ainda que não tenha sido ajustada—Cod. do Com. Art. 282.

Qual o deposito civil, qual o deposito commercial? Haja cuidado na intelligencia do Art. 280 do Cod. do Com., que faz consistir o *deposito commercial—em ter sido feito por causa proveniente de commercio, em podêr de commerciante, ou por conta de commerciante*—. Todos estes caracteres fallhão, porque o deposito póde sêr *commercial*, ainda que não feito por causa proveniente de commercio, ainda que não feito por conta de commerciante.

Para sabêr-se o que é deposito commercial, cumpre antes de tudo distinguir o *deposito gratuito* do *deposito oneroso*. O primeiro é contracto puramente civil, nunca póde sêr commercial; e nada importa, que um deposito gratuito seja feito por causa proveniente de commercio, ou intervenha entre dois commerciantes, ou tenha por objecto genero commercial. Resta-nos pois o *deposito oneroso*, isto é, aquelle, em que o depositario tem direito á uma retribuição por seu serviço de guardar a cousa depositada; mas como o depositario póde estipular esta retribuição sem intenção d'especular, ou de lucrar; segue-se, que só se-deve reputar *deposito commercial* o deposito oneroso, cuja retribuição foi o unico motivo determinante do contracto, competindo aos Juizes perscrutar em cada um dos casos qual foi a intenção das partes. Nesta investigação certamente deve influir a qualidade de commerciante no depositante ou no depositario, e tambem a natureza dos objectos depositados; e, só neste sentido, são applicaveis as palavras do Art. 280 do nosso Cod. do Com. Póde acontecêr, que um deposito seja commercial em relação ao depositario, e não o-seja em relação ao depositante, ou vice-versa. Para

conhecêr se foi commercial em relação ao depositante (ou deponente) nos casos, em que o depositario o-demanda, por exemplo, para pagamento de sua commissão, é que se-faz necessario indagar se o deposito foi feito por causa proveniente de commercio. Vid. Gouget et Mergér Dicc. de Dir. Com. na palavra *depôt* ns. 3 á 7.

3.ª ED.

« A prova por escripto (Orlando Cod. Com. pag. 105) póde substituir-se pela confissão da parte? Ainda nos-oppômos á opinião da Consolid. Art. 430 Not. O Art. 270 do Regul. n. 737 para iniciar a acção de deposito exige a prova escripta. O Art. 720 § 1º diz:—O autôr só é obrigado á juntar documento logo com a petição da acção, quando sem elle o Cod. do Com. não admitte acção em Juizo (Art. 281). »

O Sr. Annibal, Observ. á Orland. pags. 59 á 62, aceitando a doutrina da Nota ácima, contesta a opposição do Sr. Orlando sem respondêr-lhe satisfactoriamente. A controvertida Nota simplesmente disse, que, em falta de instrumento assignado pelo depositario, deve-se julgar provado o deposito, se o depositario confessa-o em Juizo. Não ligou-se ao Art. 270 do Regul. n. 737, não cogitou da *especial acção de deposito* desse Art. 270. Se por falta de instrumento o autôr não póde intentar *acção especial* contra o depositario, como ainda tendo instrumento não poderia intental-a (Regul. n. 737 Art. 268) contra herdeiros do depositario; franco passo tem para intentar acção ordinaria, o que não veda, nem vedar podia, o Art 281 do Cod. do Com. E' sempre livre o remedio da acção ordinaria, para que não fiquem letras mortas os Arts. 159 e 690 do Regul. n. 737. Não é sã a doutrina de Lobão Acç. Summ. § 4º, exigindo o consentimento das partes, á menos que na confissão do réo se-veja a prova de tal consentimento.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1.º:—Pagão sêllo proporcional os titulos de *deposito extrajudicial*.

Deposito convencional se diz, para distinguir do derivado de outras causas, como o *deposito judicial*,—*sequestro* (*deposito de cousa litigiosa*),—*deposito de pessôas* (Not. ao Art. 158 *supra*).

O *deposito voluntario* é *regular*, ou *irregular*:—Vid. Esb. do Cod. Civ. Arts. 2605 e 2606.

Art. 431. O depositario não póde usar da cousa depositada sem expresso consentimento do seu dôno. Se o-fizér, commette o crime de furto (2).

Art. 432. Não póde retêr o deposito á titulo de compensação de divida, se a compensação fundar-se em outro deposito (3). (Art. 850 § 1°)

Art. 433. Na acção de deposito procedêr-se-ha summariamente sem dependencia de libello (4).

---

(2) Ord. L. 4° T. 76 § 5°, Cod. Crim. Art. 258.
O deposito voluntario é *regular*, ou *irregular*; sendo o primeiro ~~de cousas não fungiveis, e o segundo de cousas fungiveis.~~ No primeiro a sancção do Cod. Crim. Art. 258 póde dar-se em qualquer tempo, sempre que o depositante provar, que o depositario usou do deposito; no segundo tal sancção só é possivel, se o depositario ficar em mora de restituir a quantia ou a quantidade depositada.
Tendo o depositante facultado ao depositario o uso do deposito, o contracto não se-transforma em emprestimo; mas quanto ao uso gratuitamente concedido, devem sêr applicadas as regras desse outro contracto. O deposito apparente de dinheiro com a clausula de pagar o depositario juros ou premios e *mutuo oneroso*, ~~e deve sêr~~ exclusivamente julgado pelas regras deste contracto. Tambem é indicio de mutuo disfarçado o deposito apparente com designação de prazo para restituição ou pagamento da quantia entregue. Ha casos, em que no deposito regular presume-se a concessão de uso, á sabêr, quando o uso fôr indispensavel para conservação da cousa depositada.
(3) Ord. L. 4° T. 78 § 1°, Cod. do Com. Art. 440, Regul. n. 737 de 25 de Noyembro de 1850 Art. 278.
Está claro, que a compensação só póde dar-se, quando os depositos fôrem de dinheiro, ou de quantidade homogenea. Tambem não se-admitte reconvenção—Ord. L. 3° T. 33 § 4°.
(4) Ord. L. 3° T. 30 § 3°.
Nos depositos commerciaes de dinheiro, o direito do depositante é só demandar o depositario pela acção especial dos Arts. 268 e seguintes do Regul. n. 737. O depositante não adquire algum privilegio, não será credôr de dominio em concurso de credôres do depositario fallido ou insolvavel, como geralmente se-suppõe em nosso commercio. Esta supposição

erronea induz constantemente, para que se-disfarcem muitos emprestimos em depositos. O credito de dominio, que o Art. 874 n. 1° do Cod. do Com., e Art. 620 § 1° do Regul. n. 737, dão aos credôres por titulo de deposito, só é possivel, quando o deposito fôr *regular*,—quando fôr de cousas fungiveis. Credito de dominio quer dizêr direito de reivindicar, e o dinheiro cobra-se, não se-reivindica. A reivindicação só é possivel quanto á cousas, cuja identidade póde sêr reconhecida.

3.ª ED.

« Os depositantes de dinheiro (Orlando Cod. Com. pags. 104 e 105) serão credôres de dominio ? A Consolid. opina pela negativa, etc. Não nos-podemos conformar com essa intelligencia etc. »

Não poude conformar-se por culpa do paralogismo—*ignorantia elenchi*—. Nego a qualidade de credôres de dominio aos credôres por titulo de deposito, quando o deposito fôr *irregular*. Ha *deposito regular* de dinheiro, quando o dinheiro é depositado como cousa não fungivel; isto é, para não sêr gasto pelo depositario, só para sêr guardado; como implicitamente nos casos de individualisal-o—um cofre,—um embrulho,—um pacote rotulado,—ou qualquer outro continente individualisadôr (Savigny Obrig. Tom. 2° pag. 73):

O Art. 874 § 1° do Cod. do Com. na expressão —*bens*— comprehende o dinheiro, mas quando o dinheiro é depositado *não-fungivel*:

O Art. 875 do mesmo Cod. exclúe o dinheiro, que vence juros, e firma a regra em contrario; mas precisamente porque, vencendo juros, é *fungivel*, ha mutuo, não ha deposito; e não vencendo juros, é *não-fungivel*, ha *deposito regular*:

O Art. 9° do Decr. n. 2691 de 14 de Novembro de 1860, com referencia ao Art. 1° § 6° da Lei n. 1083 de 22 de Agosto do mesmo anno, accusa peccado mortal contra a naturêza das cousas. Houve intenção de dar um privilegio aos portadores ou possuidores de notas, bilhetes, e escriptos ao portador, passados por Bancos em casos de sua fallencia; mas era impossivel a de dar-lhes um credito de dominio, que não existe nestes casos. Podem as legislações concedêr privilegios, e reivindicações não são privilegios:

Tudo isso não deixa de reconhecêr o Sr. Orlando, dizendo loc cit.:—que *em muitas circumstancias* o deposito de dinheiro será *deposito regular*,—que o deposito de dinheiro deve

Art. 434. Condemnado o depositario, e não entregando a cousa depositada sem motivo attendivel; será prêso, até que a-restitua (5).

Art. 435. Este procedimento não prejudica a acção criminal, e tem igualmente logar no caso do Art. 431, até que o depositario satisfaça o damno causado por têr usado do deposito (6).

Art. 436. Não cessará a prisão, ainda que o depositario remisso dê fiadôres (7).

---

sêr entregue *nas mesmas especies*,—e que o dinheiro papel ou metalico póde sem duvida sêr reconhecido em *sua identidade*. Estamos concordes, uma vêz que de *rigôr* essa identidade seja *individual*, porque não basta que seja *especifica*.

(5) Ord. L. 4º T. 76 § 5º. Esta Ord. e a antecedente do L. 3º T. 30 § 3º, tratão do *deposito extrajudicial*; uma da acção, e a outra da execução da sentença. Só Lobão Acç. Summ. § 448, entre todos os Praxistas, soube entendêr a Ord. L. 4º T. 76 § 5º, e concilial-a com a do T. 49 § 1º, que trata do *deposito judicial*. Não ha antinomia entre estas duas Leis, e fôra absurdo suppôr, que o legislador empregára contra o *depositario extrajudicial* o meio mais violento da prisão em continente, dando entretanto ao *depositario judicial* a espera de nove dias. Em nosso Fôro tem-se entendido, que a Ord. L. 4º T. 76 § 5º é applicavel ao *deposito judicial*, não obstante sua clarêza, quando diz—*em que alguem seja condemnado*—.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 76 § 5º. O crime é de abuso de confiança—Cod. Crim. Art. 265 2ª parte.

(7) Ord. L. 4º T. 73 § 5º. As palavras—*nem poderá dar logar aos bens*—são inuteis. A *cessão de bens*, nos termos do § 1º da mesma Ord., era remedio para evitar a prisão em materia civil. Esse remedio cessou, porque cessou o mal, que evitava. Pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e pelo Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, os devedôres impossibilitados de pagar não podem sêr presos.

3.ª ED.

« Os devedôres fraudulosos (Rebouças Observ. pag. 103) continuão á estar sujeitos á prisão, como provão os casos do

Art. 437. O depositario judicial será prêso não entregando a cousa depositada no prazo de nove dias, depois que lhe-fôr ordenado (8).

Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 349 § 3º, e 525. »

Non est hic locus. Eu não disse o contrario, só considerei aqui a prisão no ponto de vista da antiga *cessão de bens* da Ord. L. 4º T. 76 § 1º.

(8) Ord. L. 4º T. 49 § 1º. Como na praxe do nosso Fôro a Ord. L. 4º T. 76 § 5º tem sido erroneamente applicada aos *depositos judiciaes*, esta outra Ord. ficou letra morta; e não ha caso algum, em que se-assignem nove dias ao depositario judicial. E' leviandade dizêr, que a Ord. L. 4º T. 49 procede no caso especial de têr sido o deposito entregue pelo depositario ao Magistrado. Pois a Lei havia de têr contemplações para com o Juiz prevaricador?

Os Deputados e Senadores podem sêr depositarios judiciaes, visto que nenhuma lei o-prohibe, embora não possão sêr presos sem licença da sua Camara.

3.ª ED.

« O depositario judicial (Rebouças Observ. pags. 103 e 104) cumpre, que seja pessôa sem suspeita, chã, abonada, e sujeita á jurisdicção do Juiz, perante quem se-procede; e nesse caso não podem estar os *Deputados e Senadôres*, entidades de qualificação suprema, etc. »

Mirandum! Fóra da pessôa do *Imperador*, que a Const. do Imp. Art. 99 qualifica inviolavel, sagrada, e sem responsabilidade alguma; não conheço no Brazil entidades supremas, não sujeitas individualmente ao Podêr Judicial. Haverá baixêza em sêr pessôa sem suspeita, chã, e abonada? Não assignem taes entidades depositos judiciaes, e com o dom de adivinharem antes de sêrem Deputados ou Senadôres. Salvas estão suas immunidades, não podendo sêr prêsos sem licença da respectiva Camara.

« O depositario judicial (*Direito* Rev. Ann. 3º 1875, Maio á Agosto, pags. 16 á 24), que não entrega o deposito, depois de intimado, está sujeito á pena civil de prisão? A minha resposta negativa será absurda? Não é. Entre as penas civis em vigôr não está comprehendida a de prisão dos depositarios, ou sejão *judiciaes* ou *extrajudiciaes*. Para os *extraju-*

Art. 438. Não se-livra da responsabilidade o depositario judicial á pretexto de têr entregue o deposito á Autoridade, que o-decretára (9).

Art. 439. E' prohibido aos Juizes, e mais Empregados de Justiça, sob as penas da Lei, constituir-se directa ou indirectamente depositarios de bens, ou dinheiro, que tenhão de sêr depositados (10). (Art. 293)

Art. 440. Na Côrte, e nas Capitáes das Provincias, e seus Termos, quando o deposito judicial consistir em dinheiro, papeis de credito; e obras de ouro, prata, e diamantes; far-se-ha nos respectivos cofres do Deposito Publico, e pela fórma determinada nas Leis de Fazenda (11).

---

diciaes deixou de existir dêsde a Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do dito anno. Para os *judiciaes* nunca foi legislada, salvo no caso especial da Ord. L. 4°T. 49 § 1°. »

A resposta negativa não vale a pena de uma discussão sobre as razões excogitadas para sustental-a. A Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, com o Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, só abólio a prisão pelo resto devido por executados sem fraude, sem nada innovar sobre os fraudulentos; e sem referencia alguma á depositarios infiéis, que a Ord. L. 4° T. 76 § 5° diz acertadamente têrem commettido *maleficio*, ou *quasi-maleficio*; assim como sem referencia á depositarios coniventes com Juizes prevaricadôres, que a Ord. L. 4° T. 49 § 1° não escusa, e manda prendêr.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 49 § 1°.

(10) Ord. L. 4° T. 49 princ. As penas estão substituidas pelas do Art. 146 do Cod. Crim.

(11) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 33, Regul. n. 131 do 1° de Dezembro do mesmo anno, Off. de 15 de Janeiro de 1846, Ordens de 10 de Março, e 5 de Junho, do mesmo anno; Decr. n. 498 de 22 de Janeiro de 1847, Ord. n. 162 de 11 de Novembro de 1847, Ord. n. 249 de 21 de Dezembro de 1850.

Art. 441. Os depositos, de que trata o Art. antecedente, provão-se pelos Conhecimentos das Repartições Fiscaes (12).

Art. 442. Não se-juntarão em processo algum termos e certidões de taes depositos, que sejão feitos por outra fórma. Serão nullos todos os que se-fizerem em mão de particulares (13).

Art. 443. Nos outros logares, onde houvérem Depositarios Geraes nomeados pelo Governo (14), serão elles priva-

---

3.ª ED.

Av. n. 146 de 16 de Abril de 1867—Letras penhoradas devem sêr levadas em seguida ao Deposito Publico de conformidade com o Art. 526 § 1° do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. (Esta determinação procede no Juizo Civil)

(12) Cit. Regul, n. 131 do 1° de Dezembro de 1845 Art. 7°.

3.ª ED.

Av. n. 374 de 30 de Agosto de 1865—Em concurso de precatorios de Juizos diversos daquelles, em que se-acha o *Conhecimento* original do deposito feito em Cofres Publicos, deve sêr cumprido o Regul n. 131 do 1° de Dezembro de 1845; ficando sobre o Juiz depositante a responsabilidade de mandar levantar os depositos, não obstante os embargos, e penhoras, que sobre elles houverem, antes da decisão pela forma legal.

(13) Cit. Regul. n. 131 do 1° de Dezembro de 1845 Art. 13.

(14) Erão outr'ora nomeados pelas Camaras, como mandava o § 28 da Lei de 25 de Agosto de 1774. Pertence hoje a nomeação ao Governo, conforme explica o Av. n. 60 de 5 de Março de 1849.

3.ª ED.

Av. n. 185 de 19 de Outubro de 1854—Considera legalmente existente, para devêr sêr provido vitaliciamente, e pela forma dos Decretos, n. 817 de 30 de Agosto de 1851, e n. 1294 de 16 de Dezembro de 1854, o *Officio de Depositario* nos Termos, em que por Lei tivér sido creado; servindo nos outros

tivos para depositos judiciaes das peças de ouro, prata, metaes de valôr, e pedras preciosas (15).

Art. 444. Exceptua-se o dinheiro, se as partes concordarem em deposita-lo em mãos de pessôas de sua confiança (16).

---

logares como depositarios aquelles, que para cada Execução, Embargo, Sequestro, e Deposito, o Juiz houvér de nomear:

Av. n. 137 de 31 de Maio de 1859—Os *Depositarios Geraes*, ou *Publicos*, podem sêr nomeados pelo Governo Provincial: (Trata do officio de *Depositario Geral*, ou *Publico*, da Cidade de Petropolis, e pode sêr generalisado)

Av. n. 383 de 20 de Novembro de 1871—Da restricta obrigação do *Depositorio Geral* é não aceitar em caso algum caução pelos depositos, que só devem sêr levantados por ordem da Autoridade competente.

(15) Cit. Av. n. 60 de 5 de Março de 1849.

Av. n. 213 de 20 de Maio de 1865—Em vista do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e da doutrina reconhecida pelo Av. n. 6 de 15 de Janeiro de 1846, é fóra de duvida, que, sendo o objecto do deposito dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, ou papeis de credito, só pode sêr recolhido ao *deposito geral*, onde não houvér *publico*.

Decis. n. 367 de 14 de Outubro de 1874—O depositario, conforme o Art. 387 do Cod. do Com., deve interpôr o competente protesto, por falta de pagamento, de uma letra, que, estando recolhida ao Deposito Publico, não foi paga no dia do seu vencimento.

(16) Av. n. 60 de 5 de Março de 1849, explicado pelo de n. 263 de 30 de Outubro de 1851. Não concorda com este ultimo Aviso o Art. 526 § 1º do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, que dos depositos geraes não exceptuou o dinheiro.

3.ª ED.

«Os Avisos de 5 de Março de 1849, e 30 de Outubro de 1851, (Rebouças Observ. pag. 105) devem sêr entendidos e applicados nos termos da Lei de 21 de Maio de 1751, Decr. de 17 de Julho de 1778, e Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 etc. »

Sem duvida. O nosso Art. 444 não faz percebêr o contrario, salva somente o caso do deposito em mãos particulares por accôrdo das partes interessadas.

Art. 445. Não havendo Depositarios Geraes, os depositos judiciaes dos referidos objectos serão feitos em podêr de depositarios particulares, ouvidas as partes sobre sua idoneidade (17).

Art. 446. Os depositos judiciaes dos outros bens moveis, e dos semoventes, e immoveis, podem sêr confiados á particulares, á contento dos interessados, e arbitrio dos Juizes (18).

Art. 447. Sem prejuizo do direito dos interessados, a escolha do depositario em penhoras, embargos, e sequestros, é deixada á prudencia dos Officiaes da diligencia; e estes só devem admittir pessôas sem suspeita, e abonadas (19).

---

(17) Av. n. 162 de 11 de Novembro de 1847—Os depositarios particulares de dinheiros da Fazenda pagão juros—Decis. n. 221 de 28 de Agosto de 1851.

3.ª ED.

« A Decis. n. 221 de 28 de Agosto de 1851 (Rebouças Observ. pag. 106) não autorisa dizêr-se como regra geral, que os depositarios particulares de dinheiros da Fazenda pagão juros; senão á declarar, que os-deverão pagar pela mora, e quando comminatoriamente condemnados nelles por estes termos: O Art. 43 da Lei de 28 de Outubro de 1848 etc. »

Sem duvida. Funda-se este Av. no Art. 43 da Lei de 28 de Outubro de 1848, e tanto basta. Nem tanto fôra necessario, porque o deposito judicial impede a Fazenda de recebêr os dinheiros depositados; e só, impedimento removido, havendo mora, é possivel para os depositarios a obrigação de pagar juros.

(18) Decr. de 17 de Julho de 1778, Av. de 14 de Junho de 1839, Av. n. 60 de 5 de Março de 1849, e de 16 de Novembro de 1850. Já a antiga Port. de 14 de Novembro de 1650 mandava, que os Officiaes de Justiça podessem deixar os bens em deposito particular, não sendo dinheiro ou peças de ouro e prata.

(19) Ord. L. 2º T. 52 § 7º, e L. 3º T. 86 §§ 1º e 15.

Art. 448. Provão-se estes depositos pelos respectivos autos de penhora, embargo, e sequestro, assignados pelo depositario. Sem assignatura do depositario não existe deposito (20).

Art. 449. Se fôrem immoveis os bens depositados, deverá o depositario pôr em arrecadação seus fructos ou rendimentos (21).

---

(20) Ord. L. 1º T. 24 § 21. Ahi se diz—*e não as-querendo assignar, serão de nenhum effeito*—; entretanto que com esta Ord. se-autorisa a pratica, que foi adoptada pelo Art. 511 § 3º do Regul. Com. de 25 de Novembro de 1850, de fazêr assignar os depositos por duas testemunhas; sem assignatura daquelle, que os Officiaes querem, que seja depositario. O deposito é contracto, e semelhante pratica occasiona muitos abusos.

3.ª ED.

« Erradamente nas Prim. Linh. de Per. e Souz. Not. 827 ao § 409 (Rebouças Observ. pag. 107) se-acha citado o § 21 da Ord. L. 1º T. 24, quando cumpria referir-se aos §§ 19 e 20 da mesma Ord. etc. »

Nenhum desses §§ 19, 20, e 21, da Ord. L. 1º T. 24 autorisa a pratica injusta de assignatura de autos de deposito por duas testemunhas, á revelia (dizem) do depositario intimado para assignar. O caso figurado pelo Sr. Rebouças é ampliação arbitraria das hypotheses daquelles §§ da Ord. L. 1º T. 24. Quando não fôsse, muito mais verão todos no Art. 511 § 3º do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(21) Ord. L. 3º T. 86 § 15.

Não póde porém arrenda-los, e mesmo aluga-los, á menos que para isso seja expressamente autorisado pelo Juiz, que decretou o deposito. Taes autorisações não devem sêr dadas pelo Juiz sem prévia audiencia das partes interessadas.

3.º ED.

Veja-se *infra* Not. ao Art. 452 a Circ. n. 255 de 11 de Julho de 1866.

Art. 450. O depositario judicial não póde retêr o deposito á titulo de despezas que haja feito, e só lhe-compete para sua indemnisação usar dos meios legitimos contra quem direito tivér (22).

Art. 451. As despezas legaes com os bens depositados serão pagas pelo producto das arrematações (23).

---

(22) Alv. de 5 de Março de 1825. O Art. 278 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 applica esta disposição á todo o depositario. A Ord. L. 4º T. 54 § 1º (diz o cit. Alv.), que concede a retenção da cousa até sêr paga a despeza, que nella se-fêz, trata só dos que a-houvérão por emprestimo, aluguel, ou arrendamento, o que não é applicavel ao caso do depositario.

A disposição do têxto só procede nos depositos judiciaes, não nos extrajudiciaes. Foi inadvertencia do Regul. n. 737 Art. 278 privar o depositario extrajudicial do seu *direito de retenção* pelas despezas que fêz em razão da cousa depositada, quando igual direito deu o Cod. do Com. Art. 156 ao mandatario e commissario. Como esse Art. 278 do cit. Regul. só é applicavel em materia commercial, deve-se em materia civil observar a doutrina.

(23) Cit. Alv. de 5 de Março de 1825. Os escravos durante o tempo do deposito continuão á prestar serviços em prol de seus senhores, deduzida a despeza do sustento, curativo, etc.; e não á commodo do depositario, como por abuso se-pratica—Av. de 16 de Novembro de 1850. Nesta Côrte a diaria para comedorias dos escravos depositados foi elevada á quantia de 240 rs., igual á estabelecida para a Casa de Correição—Av. n. 366 de 23 de Novembro de 1855. Este mesmo Aviso declara, que o depositario geral para garantia das despezas tem o valor dos objectos depositados, e o recurso de requerêr a venda judicial delles; sempre que seus valores não fôrem superiôres ás despezas feitas com o deposito, conforme a pratica tem estabelecido.

Não é applicavel a disposição do cit. Aviso de 16 de Novembro de 1850, quando os depositos de escravos fôrem occasionados por questões de liberdade. Como coagir á trabalhar pessôas, cuja escravidão está em duvida?

Art. 452. Pelo deposito judicial de bens corruptiveis os Depositarios Geraes terão o premio de dois por cento deduzidos do mesmo producto das arrematações (24).

Art. 453. Sendo peças de ouro, prata, pedras preciosas, e dinheiro liquido, terão somente um por cento deduzido do capital ao tempo da entrada (25).

3.ª ED.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 81 § 2º —Os manutenidos em sua liberdade deverão contractar seus serviços durante o litigio, constituindo-se o locatario, ante o Juiz da causa, bom e fiél depositario dos salarios, em beneficio da parte vencedôra do pleito. Se o-não fizérem, serão forçados á trabalhar em Estabelecimentos Publicos, requerendo-o ao Juiz o pretendido senhôr.

(24) Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5º § 1º, e de 25 de Agosto de 1774 § 16.

Declara o Aviso n. 372 de 26 de Novembro de 1859, que ao Depositario Publico competem os dois por cento de todos os bens moveis, e semoventes, comprehendidos os escravos; devendo esta porcentagem, e mais despezas que legalmente se fizerem á bem do deposito, sêr satisfeitas antes da entrega do objecto depositado, como dispõe a Resol. de 21 de Abril de 1825. Determina esse mesmo Av., que a diaria para comedorias de escravos seja elevada á 320 rs.

Nas collecções não existe essa Resol. de 21 de Abril de 1825, mas sim o Alv. de 5 de Março de 1825 citado na Not. ao Art. 451.

3.ª ED.

Av. n. 128 de 25 de Maio de 1859 —Ao *Depositario Geral interino* não é devida *porcentagem alguma* em casos de arrecadação de bens de ausentes e de heranças por Delegados e Subdelegados. (Vid. *infra* Art. 1234)

Circ. n. 255 de 11 de Julho de 1866—*Os Depositarios Publicos* não tem direito á cobrança de 2 °/ₒ sobre o valor dos bens de raiz, e Apolices da Divida Publica, que em deposito se-confiarem á sua guarda.

(25) As mesmas Leis citadas ao Art. 452. Estas Leis são relativas á Administração do Deposito Publico de Lisboa e do Porto, mas o Alv. de 5 de Março de 1825 applicou-as á um Depositario Geral, declarando que não se-achavão revogadas, o que confirma o Art. 2º do Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848.

Art. 454. Para cumprimento do Art. antecedente as peças de ouro, prata, e pedras preciosas, serão avaliadas por Contrastes antes de recolhidas á deposito (26).

Art. 455. Esses objectos de ouro, prata, e joias, que estivérem cinco annos em deposito nos Cofres Publicos, sem que sejão levantados, podem sêr reduzidos á dinheiro, quando á isso não se-opponhão as partes interessadas (27).

CAPITULO III

Do mandato

Art. 456. O procuradôr não é legitimamente constituido, senão por procuração feita em instrumentos publicos dos Tabelliães; ou em instrumentos particulares de pessoas, á quem se-concede este privilegio (1).

---

(26) Cit. Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5º § 3º. Assim observa-se nos Cofres dos Depositos Publicos pelo Art. 12 do Regul. n. 131 do 1º de Dezembro de 1845, deduzindo-se dois por cento, em vêz de um, como antigamente.

(27) Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 16. Quanto á prescripção o Art. 32 da mesma Lei. Vid. Art. 39 do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842. (Arts. 333, e 858)

(1) Ord. L. 1º T. 48 § 15, e L. 3º T. 29 princ. Ordem n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 1º. Se o *mandato* é contracto, os instrumentos publicos das procurações devião sêr lavrados nas Notas dos Tabelliães como manda a Ord. L. 1.º T. 78 § 4º; porém o contrario está introduzido, e só se-usa de instrumentos avulsos —*procurações fóra de Notas*—. Desta maneira, o contracto não existe, emquanto o procurador não aceita o mandato. Quanto ás procurações passadas em paizes estrangeiros deve-se observar a legislação citada ao Art. 406. Vid. Ordem n. 136 de 28 de Maio de 1852.

Antes de aceito pelo mandatario, o mandato é *acto unilateral*. Depois de aceito, é *contracto bilateral imperfeito*, visto como para o mandante só *accidentalmente* ou *ex post-facto* produz obrigações. É *contracto consensual*, porque produz seus effeitos dêsde logo, ainda que sua execução dependa de alguma cousa que deva sêr entregue. Póde sêr *gratuito*, ou *oneroso*, isto é, tendo, ou não, o mandatario direito á uma retribuição. Sendo *oneroso*, póde sêr *civil* ou *commercial*, salvas as excepções. Sendo *civil*, presume-se gratuito, até que se-prove o contrario; mas sendo commercial, presume-se oneroso, até que se-prove o contrario.

A disposição do nosso têxto regula a *fórma* do mandato, mas a legislação que a-autorisa trata somente (a Ord. L. 1° T. 48 § 15, e L. 3° T. 29 princ.) do *mandato judicial*, e a Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 do mandato para recebimento de dividas da Fazenda Nacional nas Repartições Fiscaes. Em geral o mandato póde sêr conferido por qualquer *forma*, expressa ou tacita, escripta ou verbal, por instrumento publico ou particular; salvo nos casos, em que a lei exige uma fórma determinada. Em todos os casos tambem póde sêr aceito por qualquer *forma*, expressa ou tacita. O dispôsto á tal respeito nos Arts. 140 e 141 do Cod. do Com. é perfeitamente applicavel em materia civil.

Qual o *mandato civil*, qual o *commercial*? Não se-tomem por sacramentaes todas as palavras do Cod. do Com. no Art. 140, dizendo, que ha *mandato mercantil* quando um commerciante confia á outrem a gestão de um, ou mais negocios mercantís, figurando o mandatario em nome do mandante. Dá-se mandato commercial, sempre que tem por objecto o exercicio de um ou mais actos de commercio, ainda que o mandante ou o mandatario não seja commerciante. Devem pois sêr entendidas demonstrativamente as palavras—*quando um commerciante confia á outrem*—, como indicando que o mandato commercial se-dá ordinariamente entre commerciantes, ou que sendo entre commerciantes presume-se commercial até que se-prove o contrario — Delamarre et le Poitvin T. 1° ns. 30, 42, 43, e 44. Desse Art. 140 do Cod. somente são essenciaes para caracterisar o mandato mercantil estas outras palavras — *a gestão de um ou mais negocios mercantis* —, completando-se a sua definição com o disposto no Art. 154; quando diz, que o mandante deve pagar ao mandatario os salarios ou commissões que fôrem devidas por ajuste expresso, e, na falta de ajuste por uso e pratica do logar, onde se-cumprir o mandato.

Sem este complemento o mandato commercial não se-distingue do mandato civil, porque este sempre se-presume gratuito, e o outro sempre se-presume interessado; posto que por excepção o primeiro possa sêr gratuito (note-se bem) *na commissão*, e o segundo possa sêr oneroso. As palavras desse Art. 140 do Cod. — *em nome do committente* — servem só para distinguir o mandato, e a commissão; posto que por excepção, nem o mandato civil ou commercial perde seu caracter por figurar o mandatario em seu proprio nome, nem a commissão deixa de ser tal por figurar o committente em nome do commissario. Em um Codigo de Commercio não é necessario tratar especialmente do mandato, basta tratar da commissão, e tanto assim, que o nosso Cod. fêz uma distribuição arbitraria de materias em seus Titulos do *mandato mercantil*, e da *commissão mercantil*. Teve-se provavelmente em vista supprir o defectivo da nossa legislação civil nesta parte, e porisso a maior parte das disposições, todas dos Arts. 140 á 163, são applicaveis em materia civil. Tudo que á cima fica dito está de perfeito accôrdo com a doutrina dos Escriptores.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1°, e Art. 19 § 1° ns. 10 e 15:

Págão sello fixo (Art. 13 § 1.°) *procurações*, e *apud acta*, não contendo clausulas, que tornem exigivel o sello proporcional: *Substabelecimentos das mesmas*, quando não outorguem podêres para venda de escravos:

E' competente para inutilisar o sello (Art. 19 § 1° n. 10); nas *procurações*, e *substabelecimentos*, *por instrumento publico fóra das notas*, e nas *apud acta*, o Tabellião ou Escrivão:

E' competente (Art. 19 § 1° n. 15), nas *procurações particulares*, o Empregado, á quem fôrem apresentadas para produzirem effeito.

Av. n. 184 de 30 de Junho de 1870—Compete aos Escrivães do Juizo de Paz fazêr *instrumento de procuração* nos seus respectivos districtos, porque são Tabelliães de Notas cumulativamente com os Tabelliães do Termo.

Av. n. 330 de 17 de Novembro de 1870—O reconhecimento das firmas das procurações, e substabelecimentos, particulares; e das assignaturas dos Tabelliães, quando não são bem conhecidos; tem sido pratica seguida nas Repartições Publicas.

Art. 457. Podem fazêr procuração por instrumentos particulares, tão somente assignados, e escriptos por mão alheia:

§ 1.° Os Principes (2):

§ 2.° Os Arcebispos, e Bispos Diocesanos:

§ 3.° Os Duques, Marquezes, e Condes:

§ 4.° Os Viscondes, e Barões com Grandeza:

§ 5.° Os que têm Titulo de Conselho (3):

Av. n. 39 de 12 de Fevereiro de 1872—Devem sêr selladas as *Procurações*, quando não houvér no logar sello adhesivo.

Regim. de Custas (Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874) Art. 98—As Procurações só podem sêr feitas no Livro de Notas, independentes de distribuição:

Poderão os Tabelliães têr Livros, abertos, numerados, e rubricados, pelo Juiz competente; com folhas impressas, e claros precisos, para as *Procurações*; podendo tambem dar os traslados em folhas semelhantes. Vid. Not. ao Art. 395 *supra*.

Av. n. 374 de 16 de Outubro de 1874—Sobre a execução do citado Art. 98 do Regimento de Custas.

Cessarão pois as—*procurações fóra de Notas*—, mas ainda assim a—*procuração em Notas*—não é escriptura de contracto, é instrumento publico de acto unilateral.

Não se-confunda o *mandato* com a *gestão officiosa (gestão de negocios—negotiorum gestio)*. Esta nasce de um *quasi-contracto* (Art. 383 *supra*), porque o *gestôr officioso (gestôr de negocios—negotiorum gestio)* representa ao *dono do negocio* para obsequial-o, sem procuração, nem qualquer *mandato expresso*, ou *mandato tacito*.

No *quasi contracto* da *gestão de negocios* (Not. ao Art. 383 *supra*), o acto unilateral do *gestôr* precede ao acto unilateral do *dono do negocio*.

No *contracto de mandato*, ordinariamente, o acto unilateral do *mandante* precede ao acto unilateral da aceitação pelo *mandatario*.E o mesmo dá-se no *contracto de commissão*, e no *contracto de commissão de transportes*. Este ultimo é um mixto de *locação de serviços* com *mandato*, como é o *contracto de preposição*. Vid. Not. ao Art. 679 *infra*.

(2) Ord. L. 3° T. 59 § 15. *Infantes* são os Principes do Art. 105 da Const. do Imp.

(3) Cit. Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 6°, que alterou o § 15 da Ord. L. 3° T. 59, ampliando o privilegio

§ 6.° Os commerciantes matriculados (4).

Art. 458. Podem fazêr procuração por instrumentos particulares, assignados e escriptos de seu punho:

§ 1.° Os Bispos titulares (5):

§ 2.° Os Viscondes, e Barões sem Grandeza:

§ 3.° Os Fidalgos da Casa Imperial:

§ 4.° Os Magistrados (6):

---

aos Viscondes e Barões com Grandeza, e aos que tem Titulo de Conselho. Generaliso esta Ord. n. 82, porque os procuradôres legitimos ante as Repartições de Fazenda devem sêr taes em qualquer outro caso. Na Ord. n 82 não se-distinguem os Bispos Diocesanos dos Bispos *in partibus*, ou simplesmente Titulares sem Dioceses, porém o § 15 da Ord. é claro.

(4) Cod. do Com. Art. 21, que ampliou o Ass. 6° de 23 de Novembro de 1769, e o Art. 7° da Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849. Por esse Art. 21 do Cod. do Com. os commerciantes matriculados passárão para a classe dos que podem assignar somente suas procurações, mandando escrevêl-as por alheio punho—Ord. n. 125 de 10 de Maio de 1852. Nas sociedades, sendo a firma social composta de nomes de commerciantes todos matriculados, goza das mesmas prerogativas que as firmas sociaes matriculadas, ainda que a sociedade collectivamente se não matriculasse. Matriculada porém uma firma social, a sociedade collectivamente, e não os socios individualmente, fica gozando das prerogativas dos negociantes matriculados—Av. n. 148 do 1° de Agosto de 1854.

(5) Ord. L. 3° T. 59 § 15. Quanto aos outros Bispos, que pódem somente assignar, a Ord. diz—*das Cidades de nossos Reinos e Senhorios*—.

(6) O que se-deve entendêr por *magistrados*? A Lei de 12 de Maio de 1840 Art. 4°, interpretando o Art. 11 § 7° do Acto Addicional, declara, que a palavra —*magistrado*—não é comprehensiva dos Membros das Relações e Tribunaes Superiôres. Todavia os Arts. 101 § 7°, e 154, da Const., não podião sêr entendidos com semelhante restricção, o que se-esclareceu na Circ. n. 9 de 29 de Janeiro de 1844. Esta mesma Circ. declara, que os Juizes Municipaes, de Orphãos, Chefes de Policia, e Juizes de Paz, não são *magistrados*, o que é confirmado pelo Av. n. 11 de 12 de Janeiro de 1854. Entretanto

§ 5.° Os Doutôres, e Advogados;

§ 6.° Os Cavalleiros das Ordens do Imperio (7):

§ 7.° Os Officiaes Militares até o pôsto de Capitão (8):

§ 8.° Os Abbades, que gozão das prerogativas episcopaes; os Beneficiados, e os Clerigos de Ordens Sacras (9).

---

a Ordem n. 356 de 14 de Novembro de 1855 resolveu, que os Juizes Municipaes — Bachareis formados — são considerados *magistrados*, e porisso comprehendidos no § 3° do Art. 7° da Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849, gozando do privilegio de passar procurações.

Diz o Av. n. 12 de 14 de Janeiro de 1858: « A legislação novissima não considera os Juizes de Paz como Magistrados, mas sim como Empregados de Justiça, sendo assim decidido pelo Av. de 14 de Novembro de 1855 á respeito dos Juizes Municipaes: o magistrado hoje, na fórma de Direito, é aquelle Empregado, que á jurisdicção e autoridade publica para administrar justiça, une a perpetuidade segundo o disposto no Art. 153 da Const. do Imperio. »

3.ª ED.

(7) Se os Cavalleiros das Ordens do Imperio podem fazêr procurações por seu punho, por maioria de razão podem fazêl-as os mais Condecorados; e assim decidio a Ord. de 23 de Agosto de 1867, citada no Almanak da Marinha de 1875, que não achei na Collecção desse anno.

(8) São Officiaes Militares os de 1ª e 2ª linha com patentes assignadas pelo Soberano. Vid. Prov. de 23 de Setembro de 1850. Os Officiaes da Guarda Nacional dêsde o pôsto de Capitão achão-se no mesmo caso — Decis. n. 104 de 20 de Maio de 1854.

3.ª ED.

O Av. n. 160 de 9 de Julho de 1853 parece contêr decisão diversa á de n. 104 de 20 de Maio de 1854 á cima citada.

(9) Cit. Ordem n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 7°, que teve em vista, como declara no Art. 1° § 2°, os estilos geralmente adoptados no Fôro, nos Tribunaes, e nas Repartições Publicas. As palavras da Ord. L. 3° T. 59 § 15 — *Abbades Bentos* —, conforme advertio Silv. á mesma Ord. n. 36, não indicão sómente os Abbades Benedictinos; referem-se á todos

Art. 459. As molhéres casadas, ou viuvas, das pessôas acima especificadas, tem os mesmos privilegios de seus maridos (10). Veja-se o Direito — 18 — f 170 — v.

Art. 460. Para negocios judiciaes as procurações podem ser feitas *apud acta* pelo Escrivão da Causa, em presença do Juiz, e com assignatura do constituinte (11).

Art. 461. O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de doze, não podem fazêr procuração (12). (Art. 25)

Art. 462. Depois dessa idade podem fazêl-a com autorisação do Juiz do processo, ou de seus curadôres (13). (Art. 26)

---

os Abbades, que gozão das prerogativas episcopaes. Nesta parte pois não segui a expressão da Ordem n. 82 de 30 de Março de 1849.

(10) Cit. Ordem. n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 8°.

(11) Ord. L. 1° T. 48 § 15, L. 3° T. 29 princ.

— *Em presença do Juiz* —: não está em uso, como acontece com muitos outros actos judiciaes, que correm nos cartorios fóra da presença do Juiz.

As procurações, e os substabelecimentos, *apud acta* tomão-se á requerimento de partes, e por despacho do Juiz.

3.ª ED.

Sobre o sêllo das procurações, e substabelecimentos, *apud acta* veja-se a legislação agora citada ao Art. 456.

(12) Ord. L. 3° T. 29 § 1°, e T. 41 § 8°.

Attenda-se ás novas observações da Not. ao Art. 25 *supra*.

(13) Citadas Ords. L. 3° T. 29 § 1°, e T. 41 § 8°.

Attenda-se ás novas observações da Not. ao Art. 26 *supra*.

3.ª ED.

E quaes os *maiores*, que não podem fazêr procuração?

Av. n. 402 de 29 de Agosto de 1863 — Condemnados á prisão com trabalhos devem sêr considerados privados de sua administração e bens, e nas circumstancias dos interdictos, que estão inhibidos de *constituir procuradôr*, segundo declarou o Despacho de 28 de Abril de 1851.

Art. 463. As Irmandades, e Casas de Misericordia, que não tiverem compromissos devidamente approvados, onde se-comprehenda a faculdade de passarem procurações por seus Escrivães, ou Secretarios, só podem instituir procuradôres por intermedio dos Tabelliães (14).

Art. 464. Não podem sêr procuradôres de partes em negocios, que, directa ou indirectamente, activa ou passivamente, pertenção, ou digão respeito, á Fazenda Nacional; os Empregados do Thesouro, e das Thesourarias (15).

Art. 465. Da prohibição desta procuradoria exceptuão-se os negocios de interesse dos ascendentes, ou descendentes;

Av. n. 27 de 27 de Janeiro de 1864—Revogou o antecedente Av. n. 402 de 29 de Agosto de 1863. Neste Av. revogatorio lê-se:

Sendo os effeitos da pronuncia os declarados no Art. 293 do Regul. de 31 de Janeiro de 1842, delles não resulta a incapacidade para os actos da vida civil:

Impossibilitado de praticar os actos da vida civil é quem se-acha sujeito ao regime penitenciario:

Corrigio-se um erro á custa de outro, porque a sujeição ao regime penitenciario é a pena de prisão com trabalho do Cod. Crim. Art. 46; e a sentença de prisão (Art. 8° n. 2 Const. do Imp.) suspende o exercicio dos *direitos politicos*, mas não o dos *direitos civis* exerciveis por procuração. Se assim não fôra, os prêsos por condemnação criminal serião soccorridos com uma curadoria. São validos seus contractos, diz o nosso Art. 356 *supra*.

(14) Ordem. n. 253 de 11 de Dezembro de 1849, e n. 244 de 8 de Outubro de 1851. São legaes, e sufficientes, as procurações assignadas pelas Camaras Municipaes, e passadas por seus Secretarios—Ordem n. 153 de 8 de Junho de 1849. Do mesmo modo as procurações passadas e assignadas pelo Presidente e Secretario do Conselho de Direcção do Banco do Brazil—Ordem n. 28 de 28 de Janeiro de 1852.

(15) Circ. de 10 de Novembro de 1840, Ordem de 21 de Janeiro de 1842, Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 66. Vid. § 11 do Regimento, á que se-refere a Prov. de 29 de Janeiro de 1812.

irmãos, ou cunhados; dos Empregados fóra dos casos de devêrem sêr despachados, ou expedidos, por estes (16).

Art. 466. Não podem ser procuradôres em Juizo:

§ 1.° Os menores de 21 annos (17):

§ 2.° Os Magistrados, Tabelliães, Escrivães, e Officiaes de Justiça (18):

§ 3.° Os condemnados por falsidade (19):

---

(16) Cit. Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 66.

(17) Ord. L. 1° T. 48 § 20, e Resol. de 31 de Outubro de 1831. A excepção de sêrem Bachareis em Direito está prejudicada, porque antes de vinte e um annos não se-póde têr o gráo de Bacharel—Estat. de 30 de Março de 1853 Arts. 3° e 92. Sobre os menores—procuradôres *ad negotia*—veja-se a Not. ao Art. 185.

A prohibição do têxto refere-se unicamente á procuradoria judicial. Quanto ao mandato extrajudicial, é de doutrina, que os menores adultos (assim como as molhéres casadas) podem sêr mandatarios; mas para o effeito somente da validade de seus actos, em relação ao mandante; e á terceiros, que estiverem nos limites do mandato. A razão é, que esses incapazes não tratão de actos proprios, mas de actos de terceiros, á quem representão como mandatarios, e portanto apreciados pela capacidade civil dos representados.

Pela mesma razão, segundo o Direito Romano, e ainda hoje, os escravos representão seus senhôres em muitos actos da vida civil. A representação em tal caso não deriva de contracto, mas de uma ordem, que o superiôr dá á seu subordinado, cujos effeitos são identicos aos do mandato. O senhôr fica obrigado pelo preço da cousa, que seus escravos comprarem por sua ordem.—Merlin Repert. vb. *esclavage* § 2°. « Fica obrigado (Cod. da Luisiana Art. 179) pelo que seus escravos tiverem feito por sua ordem, assim como, pelo que tiverem gerido ou negociado em negocios, para os quaes os-tenha autorisado; não os tendo autorisado, só fica obrigado até a importancia do proveito, que houvér tido.»

Os libertos não podem sêr procuradôres de outrem, e como taes demandarem á seus patronos, sem têrem a idade de dezesete annos completos—Ord. L. 3° T. 9° § 5°.

(18) Ord. L. 1° T. 48 §§ 23 e 24, L. 3° T. 28 §§ 2° e 3°, L. 4° T. 25.

(19) Cit. Ord. L. 1° T. 48 § 25.

§ 4.° Os que perdêrão o officio por erro nelle commettido (20):

§ 5.° Os Clérigos, e os Religiosos, excepto por suas Igrejas, pelas pessôas miseraveis, e por seus ascendentes e irmãos (21).

Art. 467. Aos que podem sêr procuradôres em Juizo é prohibido exercêr o mandato perante Juiz, que seja seu pai, irmão, ou cunhado (22).

Art. 468. Aos Advogados é tambem prohibido fazêr contractos com as partes para havêrem alguma cousa, se-lhes vencêrem as demandas. Somente podem levar os honorarios taxados na Lei (23).

---

(20) Cit. Ord. L. 1.° T. 48 § 26.

(21) Cit. Ord. § 22, e L. 3° T. 28 § 1°. Estas Leis confundem as profissões de advogar, e procurar em Juizo, com o mandato accidental. A exclusão dos Fidalgos, e Cavalleiros, tem cessado com a nova ordem de cousas.

Se os Religiosos podem sêr procuradôres em Juizo, não estão *civilmente mortos*.

(22) Ord. L. 1° T. 48 § 29, e Av. n. 106 de 29 de Setembro de 1845.

(23) Ord. L. 1° T. 48 § 11. O Alv. do 1° de Agosto de 1774, que ampliou a prohibição da *quota litis* á todas as pessoas, entrou no numero das Leis suspensas pelo Decr. de 17 de Julho de 1778. Lobão Facisc. Dissert. 6ª § 6° pensa de outro modo.

A prohibição da *quota litis* é extensiva aos procuradôres judiciaes. Não obstante a nullidade de taes contractos, os Advogados, e Procuradôres judiciaes, que os-fizerem, podem havêr o justo valor de seus trabalhos; assim como respondem pelo prejuizo, que por súa culpa causarem aos constituintes.

3.ª ED.

Regim. de Custas (Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874) Art. 202:

§ 1.° O Executivo, que compete aos Advogados para cobrança dos seus honorarios, comprehende as taxas deste Regim., ou a importancia *certa e liquida* dos seus contractos

---

§ 2.° Estes contractos, qualquer que seja o seu valôr, podem sêr feitos por escripto particular, assignado pelo Advogado e pelo seu cliente: (Vid. Not. ao Art. 368)

§ 3.° Em falta de contracto escripto com a parte, entende-se, que o Advogado sujeitou-se ás taxas do Regimento.

Av. (no *Direito* Rev. Ann. 3° pag. 55) de 13 de Março de 1875 n. 2°:— As clausulas prohibidas em Direito são excluidas dos contractos, á que refere-se o Art. 202 do Novo Regimento de Custas.

A decisão deste Av. é acertada, por não franquear entre os Advogados e seus clientes contractos com qualquer clausula; porém pecca em sua redacção, se a-comparamos com o Direito, á que ella se-refere.

Qual esse Direito referido? O Patrio da Ord. L. 1° T. 48 § 11, onde vemos absoluta prohibição de contractos entre os Advogados e seus clientes, e não prohibição de clausulas. Como dessas clausulas a mais fallada é da—*quota litis*—, o Av. pagou tributo ao uso. Ha—*quota litis*—, quando taes contractos são *aleatorios* (o incerto e futuro facto do vencimento das demandas), e retribuiveis com uma *parte aliquota* da quantidade vencida, metade, um têrço, um quarto, um quinto; mas a Ord. L. 1° T. 48 § 11 prohibe tambem o *aleatorio* sem —*quota litis*—, dizendo—*para havêrem certa cousa vencendo-lhes as demandas*—. Não diz *cousa certa*, porém *certa cousa*, o que abrange o *aliquoto* e o *aliquanto*, a *quantidade* e a *qualidade*, a *qualidade in genere et in specie*. Ainda mais, ella prohibe qualquer contracto, dizendo em remate—*mas somente levarão os salarios, que se-lhes direitamente montar, e por nossas Ordenações lhes-são taxados*—.

Ora, como o Art. 202 do Novo Regimento de Custas diz, que o Executivo comprehende as taxas do Regimento, ou a importancia *certa e liquida* dos contractos, qualquer que seja o valôr destes; segue-se têr derogado a Ord. L. 1° T. 48 § 11, só no que respeita ao *aleatorio* dos contractos; só no que respeita, com *aleatorio* ou sem elle, á promessa de qualidades, á promessa de quantidades não pecuniarias, e á promessa de pecuniarias quantidades incertas e illiquidas. Tudo isto excluem as palavras—*ou a importancia certa e liquida dos seus contractos*—.

Em conclusão, só podem os Advogados, não satisfazendo-se com as taxas do Regimento, estipular sem condição uma quantia redonda para retribuição dos seus honorarios, pagavel de uma vêz, ou em prestações, seja qual fôr o exito das

Art. 469. Não se-conformando os Advogados com as taxas marcadas na Lei para seus trabalhos, podem requerêr arbitramento (24). (Art. 868)

Art. 470. A procuração deve contêr podêres especiaes (25):

---

pretenções incumbidas. Nada mais certo que a JUSTIÇA, fóra o brocardio do—*habent sua sidera lites*— !

(24) Regim. n. 1569 de 3 de Março de 1855 Art. 185.

3.ª ED.

A revogação deste Art. 469 resulta evidentemente do Art. 202 n. 3º do Novo Regim. de Custas transcripto ao Art. 468. Se, em falta dos permittidos contractos, ficão sujeitos os Advogados ás taxas marcadas, segue-se, não podêrem mais demandar vergonhosos *arbitramentos* de honorarios.

Tanto, ou mais escandalosos, algumas vezes julgados *ultra petita*, são os *arbitramentos* requeridos pelos *Medicos*, e sem lei que os-autorise. É um abuso, que deve cessar quanto antes, e que parece originar-se do Alv. de 22 de Janeiro de 1810 § 34 (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 20 Not., dando acção executiva (que não é arbitramento) aos *Medicos*, *Cirurgiões*, e *Boticarios*). Ora, esse Alv. regia os Delegados do Fisico Mór, com seu Juizo privativo; mas os logares de Provedor Mór da Saúde, Fisico-Mór, e Cirurgião-Mór do Imperio, forão abolidos, passando as respectivas causas para as Justiças Ordinarias. Os *Medicos*, pois, *Cirurgiões*, e *Boticarios*, só podem demandar por acção ordinaria o pagamento de seus trabalhos, e receitas, até que alguma lei mande o contrario.

(25) Quando se-diz, que a procuração deve contêr podêres especiaes, é em relação ao *mandato geral*. O *mandato especial* necessariamente contém podêres para o acto, ou actos, que designa. O dispôsto sobre o *mandato geral* no Art. 145 do Cod. do Com. é applicavel em materia civil.

3.ª ED.

Sobre procurações para *casamento*—Not. ao Art. 96 *supra*. Sobre procurações para *fiança* — Not. ao Art. 776 *infra*. Sobre os mais casos, em que as procurações devem contêr

§ 1.º Para seu substabelecimento (26):

§ 2.º Para juramento (27):

§ 3.º Para alienação de bens (28) :

§ 4.º Para transacção no Juizo conciliatorio (29) :

---

podêres especiaes, como sobre todo o assumpto das *procurações extrajudiciaes*, leia-se com summo proveito o bom Livro de J. M. da Trindade.

(26) Ord. L. 1º T. 48 §§ 15 e 28. O substabelecimento, que não excede a folha da procuração, não paga novo sêllo—Ord. n. 119 de 13 de Setembro de 1850.

3.ª ED.

Av. n. 434 de 16 de Setembro de 1874—Conforme o Art. 98 do Regimento de Custas de 2 de Setembro ultimo, os *substabelecimentos das procurações* devem sêr feitos, como estas, nos Livros de Notas.

(27) Ord. L. 3º T. 43 § 3º.

Amplie-se—e confissão—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 155.

(28) Ord. L. 4º T. 48 princ.

Amplie-se—e hypotheca—Cod. do Com. Art. 145; mas nem o podêr de alienar comprehende o de hypothecar, nem o de hypothecar o de alienar.

Quanto á venda de escravos, e outros contractos semelhantes, para o effeito do pagamento da meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 5º dispõe o seguinte : —Ficão prohibidos, pena de nullidade, os contractos feitos em virtude de cartas de ordens, ou por procurações, que não sejão especiaes para os mesmos contractos. As procurações especiaes não serão aceitas em Juizo, ou fóra delle, sem designarem o escravo, ou os escravos, por seus nomes, sexo, côr, officio, profissão, estado, idade, naturalidade, e quaesquer outras qualidades, ou signaes, que possão distinguir o escravo.— Veja-se tambem o Art. 8º § Un. do cit. Decr.

(29) Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832 Art. 3º, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 26.

Amplie-se—e qualquer outra transacção—Cod. do Com. Art. 145. *Transacção* quer dizêr composição para extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas.

§ 5.° Para recebêr, e dar quitação (30).

Art. 471. O procuradôr, que aceitou o mandato, é responsavel pelo damno, que causar ao constituinte por negligencia, culpa, ou ignorancia (31).

Art. 472. Não póde o procuradôr, que aceitou o mandato, aceital-o depois pela parte contraria ; advogando, ou solicitando, em favôr desta (32).

Art. 473. Acaba o mandato (33) :

---

(30) Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 2°.
O podêr de recebêr comprehende o de dar quitação. O de recebêr um credito hypothecario comprehende o de consentir na baixa do registro da hypotheca depois de feito o pagamento. O de vendêr e recebêr o prêço da venda comprehende o de fazêr as despezas necessarias para a venda.

(31) Ord. L. 1° T. 48 §§ 8°, 9°, 10, e 17 ; e L. 3° T. 27 princ. Vid. Art. 705 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e Cod. do Com. Art. 162.

3.ª ED.

Av. n. 317 de 21 de Setembro de 1874—Os podêres das procurações sem a clausula *in solidum* cabem á qualquer dos mandatarios indistinctamente. (Bem entendido, quando fôrem indistinctamente nomeados ; nomeados *ordinalmente*, devem aceitar o mandato um depois do outro, na ordem indicada, por não querêr ou não podêr aceitar o precedente).

(32) Ord. L. 1° T. 48 § 13.

3.ª ED.

(33) « O mandato acaba (Orlando Cod. do Com. pag. 70) pelo casamento da molhér, que deu ou recebeu procuração, *seja ou não commerciante*, porque o marido é o administradôr de sua pessoa e bens, como chefe da familia. E' desnecessario dizêr, que finda o mandato pela *conclusão do negocio*, ou vencimento do tempo convencionado. »

Quanto á primeira parte desta doutrina, não procede, quando a molhér commerciante casa, nos actos relativos ao seu commercio ; porque nestes se-reputa *sui juris*, e sem depen-

§ 1.° Pela morte do mandante (34) :

---

dencia de autorisação expressa nos termos do Cod. do Com. Art. 29.

Quanto á segunda parte desta doutrina, cumpre, não esquecêr a obrigação de recorrêr da sentença contraria ao constituinte (Art. 473 § 4° Consol.), e addicionar o caso de acabar o mandato condicional pelo implemento da condição.

(34) Ord. L. 3° T. 27 § 2°. Vid. Art. 706 § 3° do Regul. Com. n° 737 de 25 de Novembro de 1850, que, além do fallecimento do constituinte, contempla o caso de transmissão dos direitos deste para outra pessoa, constando legalmente em Juizo.

—*Pela morte do mandante*— : e como tal se-deve reputar a dissolução da sociedade, ou a cessação da existencia de qualquer outra pessoa juridica, que tenha conferido o mandato.

Amplie-se—e por incapacidade que lhe-sobrevenha.—A razão é a mesma.

O mandato não acaba por morte do mandante, quando assim se-tivér convencionado, e nos casos, em que é irrevogavel.

Se fóra destes casos excepcionaes o mandato cessa por morte do mandante, segue-se, que, sendo de tempo indeterminado, dura emquanto o mandante não o—revogar, sem necessidade de renovação, qualquer que seja o tempo decorrido. « Se eu não tenho designado algum prazo (Pothier *Mandat* n. 35), nem subordinado a duração de minha procuração á alguma condição, ella vale *in perpetuum* ; isto é, emquanto eu vivêr, e não revogal-a. Alguns praticos ignorantes dizem, que é preciso neste caso renovar a procuração todos os annos, mas é um erro, que não merece sêr refutado: *Procurator, et in diem, et sub conditione, et usque ad diem, dari potest, et in perpetuum*—Lei 3ª e 4ª Dig. *de procurat.* »

3.ª ED.

Da simples leitura do Art. 32 *supra* vem á tona o absurdo das exigidas—*certidões de vida*—. O Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868 Art. 4° as-exigia, mas foi revogado pelo Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art 20.

§ 2.° Pela revogação da procuração, que deve sêr intimada ao procuradôr demittido (35) :

§ 3.° Pela renuncia do procuradôr, que deve tambem sêr intimada ao mandante (36) :

§ 4.° Proferida a sentença definitiva nos negocios judiciaes, devendo porém o procuradôr recorrêr della, se fôr contra seu constituinte (37).

Art. 474. O procuradôr póde oppôr-se, á que o mandante revogue a procuração, se a lide já estivér contestada (38).

Art. 475. Mas, não obstante a contestação da lide, o mandante tem direito de revogar a procuração, allegando justa

(35) Ord. L. 3° T. 26 princ. A intimação não está em uso no Fôro Civil, bastando simplesmente a juncção de nova procuração ao processo. O Art. 706 § 1° do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 exige, que a revogação da procuração seja intimada judicialmente ao procurador.

A revogação do mandato póde sêr *expressa*, ou *tacita* ; e ha revogação tacita, se o mandante nomear novo mandatario para o mesmo negocio, ainda que na segunda procuração não derogue a primeira.

Ha casos, em que o mandato é *irrevogavel*, ou porque assim se-tenha convencionado, e em geral quando fôr condição de um contracto bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contractada.

(36) Cit. Ord. L. 3° T. 26 princ. Esta intimação quasi sempre se-requer nos processos. Vid. Art. 706 § 2° do Regul. Com. n. 737.

Nos casos, em que o mandato é *irrevogavel*, tambem é *irrenunciavel*.

(37) Ord. L. 3° T. 27 princ., e § 1°. Algumas vêzes os Advogados são instituidos para a primeira, e logo para a segunda, Instancia.

(38) Ord. L. 3° T. 26 § 1°. Esta disposição, com a dos dois Arts. que se-seguem, não se-observa. O mandato é revogavel, e renunciavel, em todo o estado da causa. Vid. Arts. 709 e 710 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

causa ; como seja, impedimento do procuradôr para bem desempenhar o mandato, inimizade superveniente, ou amizade com seu contendôr (39).

Art. 476. Igual direito compete ao procuradôr nos referidos casos para renunciar a procuração depois da lide contestada, azendo intimar a renuncia ao mandante, para que nomêe outro procuradôr (40).

CAPITULO IV

Do emprestimo

Art. 477. Quando se-empresta alguma cousa, que consiste em *numero*, *pêso*, ou *medida*, e com o uso se-consome, o emprestimo chama-se *mutuo* (1).

(39) Ord. L. 3° T. 26 § 1°.

(40) Cit. Ord. L. 3° T. 26 § 1°.

(1) Ord. L. 4° T. 50, e T. 53 § 1°. *Cousas fungiveis* são o objecto do *mutuo*, isto é, as susceptiveis de substituição por outras cousas da mesma especie, da mesma qualidade, e na mesma quantidade. As cousas, que se-consomem com o uso, são *fungiveis* por sua natureza ; mas as partes podem convencionar, que sejão fungiveis cousas, que o-não são por sua naturêza. Isto póde acontecêr até com acções de Banco, e outras Companhias, quando quem as-recebe fica obrigado á restituir numero igual ao das acções recebidas. Em summa, ha *mutuo*, sempre que a obrigação de restituir fôr *generica*, e não se-referir á propria cousa recebida ; mas á outra da mesma *especie*, e *qualidade*, qualquer que ella seja.

O *mutuo* póde sêr *directo* ou *occasional*, e com esta distincção explica-se o Art. 247 do Cod. do Com. *ibi—quando a cousa emprestada póde sêr considerada genero commercial—*. Como poderia sêr entendido esse Art., se elle comprehende na generalidade das palavras transcriptas todas as cousas moveis, pois que todas podem sêr consideradas generos commerciaes, e destinadas á uso commercial?

Art. 478. Quando para certo uso se-faz concessão gratuita de uma cousa, que deve sêr identicamente restituida, o emprestimo chama-se *commodato* (2).

3.ª ED.

Os *pêsos*, e *medidas*, é de obrigação mandar aferir pela respectiva Camara Municipal. Vid. a Ord. L. 1° T. 18 §§ 28 e seg., e mais disposições apontadas no Repert. de Furt. vb.—*aferição*—.

Lei n. 1157 de 26 de Junho de 1862— Substitúe em todo o Imperio o actual systema de pêsos, e medidas, pelo systema metrico francêz.

Decr. n. 5089 de 18 de Setembro de 1872— Instrucções provisorias para execução da Lei *supra*, que substituio em todo o Imperio o actual systema de pêsos, e medidas, pelo systema metrico francêz.

Decr. n. 5169 de 11 de Dezembro de 1872— Regul. das condições, que devem satisfazêr os pêsos, e as medidas, do systema metrico, segundo a Lei n 1157 de 26 de Junho de 1862.

O *mutuo directo* reveste manifestações notaveis, combinando-se com o *aleatorio* quando é:

Contracto d'emprestimo á risco maritimo:

Contracto de constituição de renda vitalicia:

Contracto de constituição de renda perpetua.

No 1° caso o *aleatorio* vem dos riscos da navegação:

No 2° caso o *aleatorio* vem da incerteza do tempo da vida humana:

No 3° caso o *aleatorio* vem (tratando-se de Apolices da Divida Publica) do sorteio d'aquellas, que são remidas.

(2) Ord. L. 4° T. 53 princ. e § 1°. *Cousas não fungiveis* são o objecto do *commodato* ordinariamente. *Em especie*, expressão do Direito Romano, deve-se entendêr—*identicamente*—*individualmente*—. Para certo uso, deve-se entendêr—*por determinado tempo*—, em contraposição ao *precario*. Vid. Art. 498.

3.ª ED.

Supponha-se não escripto o adverbio—*individualmente*—, que não é synonimo de—*identicamente*—. Paguei tributo ao erro em voga de considerar-se *individuo* cada objecto corporeo

Art. 479. No *mutuo* o dominio da cousa emprestada transfere-se pela entrega ao mutuario (3).

Art. 480. Dêsde o momento da entrega o risco é por conta do mutuario, que tem obrigação de pagar ao mutuante outra igual quantidade do mesmo genero (4). (Art. 845)

Art. 481. O pagamento deve sêr feito pêlo mutuario no prazo, que fôi estipulado (5).

---

encarado em sua *unidade*. Essa *unidade* é *numerica*, e a *unidade numerica* é uma *dualidade*,—é uma *especie*. A expressão do Direito Romano—*em especie*—é exactissima, e a obrigação de restituir *em especie* é de restituir *identicamente*, á sabêr, a mesma cousa recebida; mas não é de restituir *individualmente*, porquanto a cousa recebida é uma *especie*, e não *individuo*. Consulte-se Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 81 Not., onde diz, que modernamente tem-se alterado a forma da expressão romana, e seguido a das *Sciencias*. Infelizmente, porque *taes Sciencias* errão, e a verdade disse-a o Direito Romano. Vid. Arts. 844, 845, 846, e 847, e particularmente a Not. ao Art. 845. Procede, como aqui inserida, a censura do Sr. Annibal (Observ. á Orlando pags. 39 á 42) com relação aos Arts. 874 § 1°, e 881 do Cod. do Com.; e 619 § 1°, e 620 § 1°, do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Dizendo o Cod. do Com. Art. 874 § 1°—COMMODATO—, de onde vem para os *commodantes* o titulo de credôres de dominio nas fallencias, e nos concursos creditorios; nada mais arbitrario, que na sua Not. 327 trocar o Sr. Orlando *commodantes* por *mutuantes*! Vid. Not. ao Art. 509 *infra*.

(3) Ord. L. 4° T. 50 princ.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 50 princ. E' uma consequencia da disposição do Art. antecedente—*Res suo domino perit*—. A cousa perece para seu dono, mas o genero, como diz a cit. Ord., não póde perecêr—Vid. Not. ao Art. 845.

O fim do *mutuo* é transferir uso, mas, como a cousa se-consome com o uso, ou as partes estipulárão a substituição della por outra do mesmo genero e especie, resulta necessariamente, que passa para o dominio do mutuario, e que o risco e perigo correm por sua conta dêsde o momento da entrega.

(5) Ord. L. 4° T. 50 § 1°. Nas obrigações mercantis com prazo certo não se-conta o dia da data do contracto, mas o

Art. 482. Não havendo estipulação de prazo, o mutuario fica constituido em móra desde a exigencia do pagamento (6).

Art. 483. Não se-póde porém exigir o pagamento senão dêz dias depois do emprestimo, e segundo as circumstancias o Juiz concederá maior prazo (7).

Art. 484. O emprestimo de dinheiro á filhos-familias de qualquer sexo não dá acção contra elles, ainda depois de emancipados ; nem contra seus pais, nem contra os fiadôres do contracto (8).

Art. 485. E' valido porém o emprestimo, e á elle está obrigado o pai, nos casos seguintes :

§ 1.° Se o filho-familias estívér em parte remota por motivo de estudo, ou serviço militar, não excedendo o emprestimo as mezadas do costume (9) :

§ 2.° Se o filho-familias commerciar por mandado do pai, não estando habilitado á fazêl-o por sua propria conta ; mas com approvação do mesmo pai, nos termos do Art. 1.° § 3° do Cod. do Com. (10).

---

immediato seguinte ; conta-se, porém, o dia do vencimento do prazo—Art. 135 do Cod. do Com.

E' applicavel em materia civil a disposição do Cod. do Com. Art. 136, cujo complemento está na Ord. L. 3° T. 35, e Consolid. Art. 828.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 50 § 1°. E da mora em diante, não tendo havido estipulação de juros, o mutuario deve pagai-os ? Para este effeito a nossa jurisprudencia exige a interpellação judicial. Assim legislão os Arts. 138 e 248 do Cod. do Com.

(7) Ord. L. 4° T. 50 § 1°, Art. 137 do Cod. do Com. A Lei dá dois exemplos, que são desnecessarios.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 50 § 2°. Disposição do *Senatus consulto Macedoniano*.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 50 § 4°.

(10) Ord. L. 4° T. 50 § 3°, combinado com o Cod. do Com.

Art. 486. Quando o filho-familias commerciar sem mandado do pai, não é este responsavel pelo emprestimo ; mas o proprio filho mutuario, até onde chegar seu peculio (11).

Art. 487. Se na escriptura do contracto o Tabellião portar por fé, que na sua presença, e na das testemunhas, o devedôr recebêra o emprestimo por elle confessado ; não se-admitte contra esta confissão, assim provada, reclamação de naturêza alguma (12).

Art. 488. Fóra do caso do Art. antecedente, concede-se ao devedôr, ou á seus herdeiros, e fiadôres, o prazo de sessenta dias depois do contracto para reclamarem contra o credôr, ou contra seus herdeiros, a confissão do emprestimo (13).

Art. 489. Esta reclamação tem logar, ainda que no contracto o devedôr a-tenha renunciado (14). (Art. 389 § 4°)

Art. 490. Fica perpetuado o direito do devedôr, se, pôsto que não demandado, protestar nos ditos sessenta dias contra o credôr, declarando não têr effectivamente recebido a quantidade confessada (15).

---

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 50 § 3°. O que o póde têr logar por infracção da Lei, porquanto o Cod. do Com. Art. 1° § 3° inhibe commerciar aos filhos-familias sem autorisação dos pais, provada por escriptura publica, e inscripta no registro do commercio.

(12) Ord. L. 4° T. 51 § 1° *in fin*.

(13) Ord. L. 4° T. 51 princ., e §§ 2° e 3°. Existe a crença vulgar, nascida desta Lei, de que as partes tem sessenta dias para arrependimento dos contractos. A Resol. de 4 de Dezembro de 1827 dá noticia desse erro commum. *Quid*, se o fiadôr demandado oppõe a excepção, e o devedôr principal confessa têr recebido ?

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 51 princ. Usa-se deste direito pela excepção denominada—*non numeratæ pecuniæ*—que é de pouco uso.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 2°.

Art. 491. Ausentando-se o credôr, ou occultando-se, em modo que a reclamação não lhe-possa sêr intimada, o protesto judicial do devedôr é sufficiente para conservação do seu direito (16).

Art. 492. O effeito desta reclamação será incumbir ao credôr o onus da prova sobre a realidade do emprestimo (17).

Art. 493. Se o credôr a-provar com o Tabellião e as testemunhas do contracto, ou com outras testemunhas, ou por qualquer outro modo; o devedôr reclamante será condemnado á pagar, e nas custas em tresdôbro (18).

Art. 494. Se a não provar, a escriptura do emprestimo julgar-se-ha nulla, ficando livre o reclamante do que nella confessára (19).

Art. 495. Não póde o devedôr reclamar a confissão do emprestimo:

§ 1.° Se depois della pagou antes dos sessenta dias parte da divida, ou reconheceu por outro modo sua obrigação (20).

§ 2.° Se a confissão não fôr propriamente de emprestimo, mas proviér de outra obrigação anteriôr (21).

Art. 496. Passados os sessenta dias, o devedôr que reclamar a confissão do emprestimo, no todo ou em parte, deve provar, que não recebêra o confessado; comtanto que

(16) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 2°.
(17) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 2°. È uma excepção da regra —de que a obrigação da prova incumbe á quem em Juizo affirma o facto, de que pretende dêduzir direito.
(18) Cit. Ord. L. 4° T. 51 §§ 1° e 7°.
(19) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 1°.
(20) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 4°.—*Debitor solvens scienter partem debiti præsumitur totum debere, dum contrarium non probat*—.
(21) Cit. Ord. L. 4° T. 51 § 5°.—*Porque esta Lei* (palavras do têxto) *somente ha logar nos emprestimos e confissões sobre elles feitas*—.

o-prove por escriptura publica nos casos, em que esta se-faz necessaria (22).

Art. 497. No *commodato* não se-transfere para o commodatario o dominio e a posse da cousa emprestada, e somente se-lhe-concede o uso della com obrigação de restituil-a (23).

Art. 498. Este contracto é essencialmente gratuito. Havendo paga de dinheiro, degenera em locação. Se outra fôr a retribuição, ou concedendo-se a cousa para uso não certo, será contracto de outra especie (24).

Art. 499. Quando não se-declarar o tempo concedido para uso da cousa, entendêr-se-ha, que o uso é permittido pelo prazo, e modo, que fôr razoavel (25).

Art. 500. As cousas, que consistem em numero, peso, e medida, e com o uso se-consomem, podem sêr objecto do *commodato*, quando são emprestadas, não para se-gastarem, mas com a condição de sêrem restituidas identicamente (26).

Art. 501. E' obrigação do commodatario guardar a cousa emprestada com o maior cuidado, tanto a principal, como o

(22) Ord. L. 4° T. 51 § 6°.
(23) Ord. L. 4° T. 53 § 1°. Tem uma simples *detenção*. Vid. Not. ao Art. 478.
(24) Cit. Ord. L. 4° T. 53 princ. As palavras—*ou para uso não certo*—alludem ao emprestimo, que se-chama—*precario*—, cuja duração fica dependente do arbitrio do concedente. A Ord. L. 4° T. 54 § 3° tambem dá noticia do *precario* nas palavras —*ou emquanto lhe-aprouvér*—Vid. Not. ao Art. 478.
(25) Ord. L. 4° T. 53 princ. Exemplifica-se com o emprestimo de um livro para sêr trasladado, o que importa a concessão do tempo necessario para o traslado.
(26) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 1°. Tambem se-dá o exemplo do emprestimo de moedas de ouro, ou prata, para apparato festivo ou theatral. Vid. Not. ao Art. 478.

seu accessorio (27); e responde, não só pelo dólo, e culpa larga; cómo pela culpa leve, e levissima (28)

Art. 502. Não responde o commodatario pelo damno originado de *caso fortuito* (29), *excepto* :

§ 1.° Se houve estipulação em contrario (30) :

§ 2.° Se houve mora na restituição da cousa (31) :

§ 3.° Se empregou a cousa em uso differente daquelle, para que lhe-fôra emprestada (32) :

§ 4.° E em geral, sempre que no caso fortuito houve culpa (33).

---

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 2°. Dá-se o exemplo do emprestimo de uma egoa acompanhada de um poldro, caso em que a mesma obrigação se-terá na guarda do poldro como na da egoa.

(28) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 2°. As palavras desta Lei sobre a distincção da *culpa* são empregadas no sentido technico do Direito Romano.

3.ª ED.

Eis o sentido technico do Direito Romano sobre a distincção da *culpa* em *lata*, *leve*, e *levissima*: *Culpa lata* (ou *grave—grande*) é a falta com intenção dolosa, ou por negligencia impropria do commum dos homens. *Culpa leve* é a falta evitavel com attenção ordinaria. *Culpa levissima* é a falta só evitavel com attenção extraordinaria, ou por especial habilidade, e conhecimento singular.

(29) Ord. L. 4° T. 53 § 1° *in fin*, e § 3°—*Res perit domino*—.

3.ª ED.

—*A cousa perece para o dono*. Eis a razão do conhecido adagio á cima, proclamando um effeito irrecusavel do—*perecimento da cousa*—. Perecimento da cousa é a extincção della, que pode sêr *total* ou *parcial*.

(30) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 3°.
(31) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 3°.
(32) Cit. Ord. L. 4° T. 53 §§ 3° e 4°.
(33) Cit. Ord. L. 4° T. 53 §§ 3° e 4°.

Art. 503. E' caso fortuito o descaminho, ou damno, das cousas emprestadas em mãos dos mensageiros, que as conduzem, sendo estes de confiança (34).

Art. 504. Mas, havendo culpa nos mensageiros, correrá o risco por conta daquelles, que os-mandárão (35).

Art. 505. Se o commodatario restituir a cousa por máo mensageiro de sua escôlha, é responsavel por todo o damno que occorrêr (36).

Art. 506. Sendo o commodatario contumaz na restituição da cousa em devido tempo, e persistindo até a sentença; será condemnado á restitui-la, e á pagar outro tanto de seu valôr (37).

Art. 507. Pode somente retêr a cousa emprestada, se com ella fêz despezas necessarias, ou uteis, até que seja indemnisado (38).

Art. 508. Não póde porém retêl-a, allegando sêr sua, ou que lhe-pertence por algum titulo (39).

Art. 509. Sem obstar semelhante allegação, o commodatario em todo o caso será obrigado á restituir a cousa empres-

---

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 54 princ. Esta acção, que iguala aos espoliadôres o commodatario contumaz, não tem uso entre nós, e muito menos sua pena. Tambem a pena não poderia sêr demandada, senão pela via ordinaria, nos termos da Ord. L. 3° T. 48 § 5°. Vid. Art. 662

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 54 § 1°.—Veja-se a disposição parallela do contracto de locação no Art. 663.

(39) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 3°.

tada; e depois da restituição usará então da acção, que lhe-competir (40).

CAPITULO V

Da compra e venda

Art. 510. O contracto de compra e venda póde sêr puro, ou condicional (1).

---

(40) Cit. Ord. L. 4º T. 54 § 3º.
O commodante póde demandar a restituição da cousa emprestada, ou pela acção summaria de emprestimo, de que trata Lobão Acç. Sum. Dissert. 12 sobre a Ord. L. 4º T. 54; ou por acção de esbulho, ou por acção ordinaria de reivindicação. Se o commodatario fôr commerciante, e se-lhe-abrir fallencia, o commodante entra na classe dos credores de dominio, e como tal consegue a reivindicação—Cod. do Com. Arts. 874 n. 1º, e 881. Em caso de concurso de credôres do commodatario tambem é o commodante reputado credor de dominio—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 619 § 1º, e 620 § 1º.

(1) Ord. L. 4º T. 8º § 1º. A condição póde sêr *suspensiva*, ou *resolutiva*.

3.ª ED.

Réputão-se equipollentes ao contracto de compra e venda, bem entendido,—*mutatis mutandis*— , os seguintes contractos:

Contracto de troca,—permuta,—ou—*permutação*; no qual entrão o de *cambio de moedas*,—o de *cambio de letras* da *terra*, —o de *cambio de letras de fóra*,—e o de *cambio maritimo*; porém, nestes três ultimos, não ha mais que um aspecto convertedôr do *mutuo* em *troca*; no primeiro caso, de dinheiro recebido em um tempo por dinheiro pagavel n'outro tempo; no segundo caso, do dinheiro recebido n'um logar por dinheiro pagavel n'outro logar; no terceiro caso, de dinheiro recebido por dinheiro aleatoriamente pagavel em relação á riscos maritimos:

Contracto de dação in solutum. seja qual fôr o objecto, que se dê em pagamento da divida:

Contracto de cessão onerosa, seja qual fôr o direito pessoal transmissivel; e que pode ser,—*cessão de credito simples*,—*cessão de credito pignoraticio*,—*cessão de credito antichretico*,—e *cessão de credito hypothecario*.

Art. 511. Quando a venda é pura, o contracto fica perfeito para as obrigações que delle nascem (2), logo que o compradôr e o vendedôr prestão sêu consentimento reciproco sobre a cousa, e sobre o prêço (3).

Art. 512. Na venda condicional o contracto não é perfeito senão depois de cumprida a condição (4).

---

(2) O contracto só dá *direitos pessoaes*, é simplesmente um —*titulo justo*—para acquisição do dominio; mas não o-transfere, sem que acceda a *tradição*. O nosso Cod. do Com. Arts. 191 e segs. não apartou-se destes bons principios, se bem que delles fugisse no Art. 874 § 8º, como se-póde vêr na Not. ao Art. 531. Vid. Arts. 907 e 908 *infra* e suas Notas. A innovação do Cod. Civ. Franc. (Art. 1583) ficou sem valôr depois da recente Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. O mesmo aconteceu na Belgica por effeito de sua Lei de hypothecas de 16 de Dezembro de 1841. As idéas dessas Leis hypothecarias sobre a transmissão dos immoveis são as mesmas da nossa Lei novissima de hypothecas n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

(3) Ord. L. 4º T. 2º princ. Daqui vem a differença dos—*contractos consensuaes—obligationes quæ consensu contrahuntur*—e dos—*contractos reaes—obligationes quæ re contrahuntur*—. Além de *consensual*, o contracto de compra e venda é synallagmatico perfeito, e sempre onerôso. A compra e venda póde ser *civil*, ou *commercial*, ora para o comprador e vendedor, ora só para o comprador, ora só para o vendedor.

3.ª ED.

— *Res, pretium, et consensus*—, eis o adagio juridico em materia de compra e venda.

(4) Ord. L. 4º T. 8º § 1º—*porque, se ella fosse feita condicionalmente, fallecendo a condição, falleceria em todo a venda, como se nunca fosse feita*—.

Cod. do Com. Art. 191, quando diz—fica entendido, que nas vendas condicionaes não se-reputa o contracto perfeito senão depois de verificada a condição. A condição, de que aqui se-trata, é a *suspensiva*, e não a *resolutiva*. No uso commum da linguagem, sempre que a compra e venda, ou outro qualquer contracto, se-faz com alguma clausula, á que fica sujeita uma das partes contractantes, costuma-se dizêr, que ha *condição*;

Art. 513. Não ha venda perfeita na hypothese do Art. 367 § 6.°, quando o compradôr e o vendedôr conviérão expressamente em fazêr escriptura publica ; ou se-possa presumir, que era sua vontade não valêr o contracto sem escriptura (5). (Art. 376)

Art. 514. Dêsde que a venda é perfeita, nenhuma das partes se-póde arrependêr sem consentimento da outra (6).

Art. 515. E' facultado o arrependimento, quando o compradôr dér ao vendedôr alguma quantia em signal para segurança da compra (7).

---

mas em Direito toda a clausula não é condição, a venda não é condicional pelo motivo de se-têr obrigado o comprador, ou o vendedor, á qualquer facto, antes, ou depois da tradição da cousa vendida. Só é condicional, quando sua perfeição fica dependendo de um *facto futuro*, e *incerto*, ou este seja casual, ou facto da outra parte contractante, ou facto de terceiro. Tal é o caracter da *condição suspensiva*. A *condição resolutiva* não suspende a perfeição, ou os effeitos do contracto; ao contrario suppõe consummado o contracto, mas sujeito á uma resolução eventual—*resolvitur sub conditione*—. Tambem não se-deve confundir a *venda condicional* com a *venda á prazo*. O *prazo* não suspende o contracto, tambem o-suppõe consummado, mas retarda sua execução.

(5) Ord. L. 4° T. 8° § 3°, e T. 19 § 1°. Sempre assim se-entende nas compras e vendas de bens de raíz, sobre as quaes deve-se têr em vista a recente disposição da Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11—Vid. Art. 367 § 5°.

(6) Ord. L. 4° T. 2° princ., Art. 191 do Cod. do Com. Advirta-se porém que, supposto a venda condicional não seja perfeita emquanto pende a condição, é todavia perfeita para o fim de não poderem as partes arrepender-se. Quanto á este effeito a venda se diz perfeita, logo depois do consentimento das partes, quer seja pura, quer seja condicional—Silv. á Ord. L. 4° T. 1° ad rubr. Art. 1° n. 77, e L. 4° T. 2° princ. n. 20.

(7) Ord. L. 4° T. 2° § 1°. Este signal tem o nome de—*arrhas*—, palavra que significa em geral o penhôr, que se-dá para execução de qualquer contracto, e especialmente no contracto esponsalicio. Estas—*arrhas*—nada tem de commum

Artigos 515, e 517, 52.
dinheiro adiantado pelo comprador ao vendedor para librar de onus o immovel, objecto da venda, não importa signal e não obriga á assignatura da respectiva escriptura.
Direito, Vol 16 - p 260 e [illegible]tes (Ahi vem opinião contraria) Veja-se a palavra "Escriptura" - nota 13.

Art. 516. Em tal caso o compradôr arrependido perderá o signal, e o vendedôr restituirá o signal, e pagará outro tanto ao compradôr (8).

Art. 517. Não procede a faculdade de arrependimento, quando o compradôr dér signal :

§ 1.° Nas vendas commerciaes, sobre que observar-se-ha o dispôsto no Art. 218 do Cod. do Com. (9) :

§ 2.° Se o signal foi dado em principio de paga (10). Veja-se a nota ao art. 515.

---

com as de que tratão os Arts. 89, 90, 91, e 92. Neste caso o contracto está perfeito, como bem se-vê das palavras da Lei— *tivessem accordada e firmada* — ; e o signal equivale á uma *condição resolutiva*, e não á uma *condição suspensiva*.

O Art. 218 do Cod. do Com. tambem diz, que o dinheiro adiantado antes da entrega da cousa vendida não importa condição suspensiva da conclusão do contracto; mas declara, que o arrependimento não é permittido.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 2° § 1°. Para ter logar esta disposição da perda das *arrhas* da compra e venda, é necessario, que tenhão sido effectivamente dadas e recebidas (palavras da Lei), não bastando a simples promessa. Resulta pois, que a estipulação de *arrhas* vem á sêr *contracto real*.

(9) Ord. L. 4° T. 2° § 2°, combinada com o Cod. do Com.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 2° § 3°. Note-se, que não tem isto logar no caso do Art. 513, quando a escriptura é da substancia do contracto, e sem ella não ha contracto consummado. Nesse caso é abusiva a praxe, como tenho visto, de demandar-se ao penitente para fazer escriptura com a comminação de valêr por escriptura a sentença que se-proferir. Nos outros casos (Art. 368), quando a escriptura é simplesmente necessaria para prova do contracto, que provas se-hão de dar, se o réo não confessa? Só a acção de juramento d'alma é possivel nos termos dos Arts. 374, e 375. Vid. Arts. 377, e 378. Veja-se o Dir. Vol. 16. p. 260.

Quid, quando o contracto tivér sido feito por instrumento particular nesses outros casos do Art. 368? Póde-se procedêr, como fica indicado na Nota ao Art. 373.

Art. 518. Offerecido o prêço pelo compradôr, está o vendedôr obrigado á entregar-lhe a cousa vendida; e não a-entregando, responderá pelas pêrdas e interesses (11).

Art. 519. O vendedôr deve primeiro entregar a cousa ao compradôr, para este pagar-lhe o prêço; e, havendo duvida entre elles, farão deposito em mão de terceiro (12).

Art. 520. Não será obrigado o compradôr á pagar o prêço, ou á acabar de pagal-o, se fôr informado, de que a cousa não pertence ao vendedôr, ainda mesmo que a-tenha recebido (13).

Art. 521. Em taes circumstancias, não possuindo o vendedôr bens de raiz desembargados, que assegurem a evicção, deve dar fiadôres idoneos (14).

Art. 522. Se o compradôr recêar, que a cousa comprada esteja hypothecada á credôres; pode remi-la, e havêl-a com segurança, pondo o prêço em deposito (15). (Art. 1296 § 2.°)

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 2° princ. (Cod. do Com. Arts. 197, 202, e 209).

(12) Ord. L. 4° T. 5° § 1°. Não ha contradicção entre esta disposição e a antecedente, ellas bem se concilião.

(13) Ord. L. 4° T. 5° princ.

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 5° princ. Veja-se a Ord. L. 3° T. 81 § 2°. Eis todo o remedio da nossa Lei para garantir os adquirentes das reivindicações, e evicções futuras. Não ha meio para purgar a propriedade dos direitos reaes do dominio, e suas desmembrações. Só é possivel purga-la do direito real da hypotheca nos termos dos Arts. 522 e 527, e isto de um modo incompleto.

(15) Ord. L. 4° T. 6° princ. Eis o meio que temos (além das subhastações) para purgar os bens de seus encargos hypothecarios. Mas nem esse meio, nem o outro do Art. 527, livra das evicções. Em favôr das desapropriações por utilidade publica o Art. 31 da Lei de 12 de Julho de 1845 como que lhe-dá maior extensão, porque diz—o predio desapropriado se-considerará livre de *todos os onus*, hypothecas, e *lides pendentes*—. Veja-se o Art. 437 do Cod. do Com., e Art. 393 § 5° do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Sobre a venda voluntaria de embarcações veja-se o Art. 470 do Cod. do Com.

Sobre a remissão de immoveis hypothecados (pois que pela novissima Lei hypothecaria só os immoveis são susceptiveis de hypotheca) regem actualmente as disposições do Art. 10 dessa Lei §§ 3° á 11.

Art. 523. Depositado o prêço, serão pessoalmente citados os credôres do **vendedôr** domiciliarios no logar, ou ahi presentes, para em seis dias peremptorios disputarem sobre elle seu direito (16).

Art. 524. Não sendo os credôres domiciliarios no logar, nem ahi presentes, serão citados por edictos; assignando-se-lhes termo conveniente segundo as distancias, comtanto que não passe de trinta dias (17).

Art. 525. Comparecendo credôres, o Juiz os-ouvirá, mandando pagar-lhes pelo prêço depositado, se o vendedôr não se-oppuzér, ou dando preferencia ao que melhór direito tivér (18).

Art. 526. Se não comparecêr credôr algum, o prêço será entregue ao vendedôr (19).

Art. 527. Nas vendas judiciaes a cousa arrematada fica sempre salva ao compradôr, á não sêr no caso do Art. 1297;

(16) Ord. L. 4° T. 6° § 1°, Art. 394 § 3° do Regul. Com. n. 737.

Vid. novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 sobre a remissão das hypothecas, e do mesmo modo sobre os trêz Arts. seguintes.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 6° § 1°. Todavia (Art. 437 do Cod. do Com., e Art. 395 do cit. Regul. n. 737) a citação edictal não prejudica o direito dos credores desconhecidos, que tivérem hypotheca na cousa vendida por tempo certo, designado na lei, ou no contracto, emquanto este prazo não expirar.

(18) Ord. L. 4° T. 6° § 1°.

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 6° § 1°.

e todas as reclamações de credôres, que concorrêrem antes ou depois da arrematação, só podem recahir sobre o prêço (20). (Arts. 1296 § 1°, 1298, e 1299)

Art. 528. Se o prêço não fôr pago, o dominio não se-transfere para o compradôr, ainda que a cousa lhe-tenha sido entregue; o vendedôr póde reivindica-la como sua propriedade, ou demandar o prêço com os juros respectivos (21).

---

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 6° §§ 2° e 3°, Ordenaç. da Faz. Cap. 156, e Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 15. Sobre as vendas judiciaes das embarcações veja-se o Art. 477 do Cod. do Com. O Art. 559 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 manda, que os effeitos da arrematação solemne, e valida, sejão decididos conforme o Direito Civil.

(21) Ord. L. 4° T. 5° § 1°, e T. 67 § 3°. Como hoje não ha *usuras*, esta ultima Ord. se-deve assim entendêr. Vid. Art. 204 do Cod. do Com.

« Melhor teria dito o Art. (Rebouças Observ. á este Art. 528), se dissesse que:—sem a tradição reciproca, ou mediante deposito da cousa vendida e de seu prêço, não é o comprador della feito senhor, nem o vendedor póde cobrar o prêco como seu; o comprador não póde ter adquirido os lucros ou rendimentos da cousa comprada, nem o vendedor fazêr seus os interesses ou juros do prêço compensativos dos lucros e rendimentos da cousa vendida.—E isso tanto mais explicitamente deve ser entendido, quanto cumpre evitar que da opcão do direito de reivindicar a propriedade vendida ou o prêço implique a disposição do Alv. de 4 de Setembro de 1810, expressamente prohibitivo de se-ter direito á *acção real* para havêr a cousa, quando compete exercêr somente a *pessoal* para cobrança do prêço. »

Fôra admissivel esta censura, se todas as idéas contidas na redacção proposta não estivessem consolidadas em seus competentes logares. Que o vendedor deve entregar a cousa vendida, e que na falta da entrega responde pelas perdas e interesses, está dito nos Arts. 518 e 536. Que não póde cobrar o prêço sem primeiro entregar a cousa, e que em caso de duvida se-depositão o prêço e a cousa, está dito no Art. 519. Restava somente a obrigação, que tem o comprador de pagar o preço, e o direito do vendedor de havêl-o com juros; e disto

Art. 529. **Transfere-se porém o dominio para o compradôr sem dependencia do pagamento do prêço, se ao tempo do contracto, ou ao tempo da entrega da cousa vendida, o vendedôr se-houve por pago** (22)

Art. 530. Igualmente transfere-se o dominio para o compradôr, se a venda foi feita á credito; seja, ou não, com prazo certo de pagamento (23).

é, que se-trata no Art. 528. A disposição deste Art. em nada implica com o Alv. de 4 de Setembro de 1810, porque ahi estão os Arts. 530 e 531, que exceptuão o caso da venda feita á credito, caso em que o vendedor só tem *acção pessoal* para cobrar o preço. Parece pois, que tudo está muito exacto. O Art. 528 regula o caso, em que a venda não é feita á credito; caso em que o vendedor póde á seu arbitrio reivindicar a cousa, ou cobrar o preço.

(22) Ord. L. 4° T. 5° § 1°.

(23) Alv. de 4 de Setembro de 1810, que revogou o § 2° da Ord. L. 4° T. 5°. A revogação é absoluta, e não se-a-póde restringir, como querem alguns Praxistas, ás compras e vendas do commercio. Veja-se o Off. de 26 de Setembro de 1835. Não temos portanto a—*clausula resolutoria tacita*—, um dos inconvenientes do regime hypothecario da França. A—*clausula resolutoria*—deve sêr expressa, e dá-se pelo chamado pacto da—*lei commissoria*—nos termos do Art. 532.

3.ª ED.

Os casos mais frequentes são de venda á credito—*habita fide de pretio*—, porém póde ser tambem á credito—*habita fide de re*—, isto é, quando o compradôr dá prazo ao vendedôr para entregar-lhe a cousa vendida; ou pague logo o preço, ou prometta pagal-o no mesmo prazo.

Póde-se pois ajustar entre o credôr hypothecario e seu devedôr, que a hypotheca se-converta em venda, ajustando-se logo na escriptura os preços desta, se a divida não fôr paga em certo tempo. Vid. Not. ao Art. 769 *infra*.

Art. 531. Na venda feita á credito o vendedôr tem somente *acção pessoal* contra o compradôr para pedir-lhe o prêço, e *acção real* para havêr a cousa vendida (24).

Art. 532. Terá logar a acção resolutoria da venda, se-houve condição de ficar a venda de nenhum effeito pela falta de pagamento do prêço no prazo convencionado (25).

---

(24) Cit. Alv. de 4 de Setembro de 1810. Está claro, que esta disposição presuppõe a entrega da cousa ao comprador, visto que sem a tradição não ha transferencia de dominio. O Cod. do Com. Art. 874 n. 8° resvalou desta sã theoria, não reputando credor de dominio o vendedor antes da entrega, se a venda fôr á credito.

A disposição deste Art., assim como as dos antecedentes 528, 529, e 530, estão alteradas, se a venda fôr de immoveis, pelo Art. 8° da novissima Lei hypothecaria. Transcripta no Registro Geral a escriptura de venda de immoveis, a tradição se-reputa feita para o comprador, produzindo a venda seus effeitos á respeito de terceiros dêsde a data da transcripção.

3.ª ED.

« O compradôr (Orlando Cod. Com. Not. 268 pag. 78) sem a tradição da cousa vendida póde sêr considerado credôr de dominio? *O nosso Direito Civil* (Ord. L. 4° T. 5 §§ 1° e 7°, e o Alv. de 4 de Setembro de 1810), *resolve pela affirmativa a questão*. O Cod. em seus Arts. 198 e 202 consagra o mesmo principio, de que aliás se-apartou o Art. 874 § 8°; declarando credôr de dominio o vendedôr antes da entrega da cousa vendida, se a venda não fôr á credito. »

Equivocou-se o Sr. Orlando (como já mostrára o Sr. Anibal em suas Observ. pags. 35 á 39), quando diz, que—*o nosso Direito Civil resolve pela affirmativa a questão*—. Resolve pela *negativa*, isto é, sem a tradição da cousa vendida não considera credôr de dominio o compradôr. Com *esta negativa* estão de accôrdo os Arts. 198 e 202 do Cod. do Com., porém não o Art. 874 § 8°. São inuteis os esforços do Sr. Anibal para attennuar ou explicar esse desvio do Cod. do Com. em seu Art. 874 § 8° (Vid. Not. ao Art. 908).

(25) Ord. L. 4° T. 5° § 3°. Eis o pacto da—*lei commissoria*—, que o Alv. de 4 de Setembro de 1810 resalva, quando diz—*sem convenção alguma especial*—, e no fim—*sem outra convenção*—.

Art. 533. Mas, se depois de vencido o prazo, o vendedôr exigir, que o compradôr lhe-pague o prêço, a acção resolutoria não é mais admissivel (26).

Art. 534. Vendida a mesma cousa á duas differentes pessoas, prefere o compradôr, á quem primeiro se-fêz a entrega; se á esta accedeu o pagamento do prêço, ou o vendedôr se-deu por pago (27).

Art. 535. O primeiro compradôr, que chegou á pagar o prêço ao vendedôr, e que é preferido pelo segundo compradôr, á quem a cousa foi entregue; tem direito para demandar a restituição dô prêço pago e seus juros, e para accusar o vendedôr por estellionato (28).

---

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 5° § 3°.

(27) Ord. L. 4° T. 7° princ. É um corollario da idéa fundamental do nosso Direito Civil, exarada no Art. 908—*Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*—.

Nos paizes regidos pelo Cod. Civ. Franc., onde só basta o consentimento para transferir a propriedade (Arts. 711 e 1138 do cit. Cod.), prefere entre dois adquirentes successivos de uma mesma cousa aquelle, cujo contracto mostra-se primeiro realisado por uma data certa. Nos paizes, onde o registro dos titulos translativos da propriedade immovel é necessario, ou importando a prova official do dominio, ou sendo simplesmente um vehiculo de publicidade, prefere como legitimo adquirente aquelle, que tivér registrado seu titulo de acquisição, ou que tivér em seu favôr a prioridade do registro. Em tal caso só depois da transcripção, ou inscripção, no registro, é que o titulo opéra seus effeitos em relação á terceiros.

Estamos hoje, quanto á transmissão de immoveis por acto entre vivos, no caso desses paizes, onde o registro dos titulos translativos da propriedade immovel é a sua *tradição legal*. Vid. Not. ao Art. 531.

(28) Ord. L. 4° T. 7° § 2°, e Art. 264 § 2° do Cod. Crim. Supprimi o § 1° da Ord., porque sua disposição é consequencia das regras estabelecidas. Vid. Art. 209 do Cod. do Com. Vid. Not. ao Art. 531.

Art. 536. Pago o prêço do immovel vendido, que se-devia têr logo entregue, compete igualmente ao compradôr o direito de demandar ao vendedôr por todos os fructos, e rendas, que elle percebeu, ou que deixou de percebêr por sua culpa (29).

Art. 537. Tanto que a venda é perfeita, toda a pêrda, que sobrevêm á cousa vendida, ainda mesmo antes da entrega, é por conta do compradôr (30).

Art. 538. As questões sobre a pêrda da cousa vendida antes da sua entrega serão decididas pelas seguintes regras:

§ 1.° Nas vendas condicionaes a perda total, pendendo a condição, será por conta do vendedôr (31):

---

(29) Ord. L. 4° T. 67 § 3°.

(30) Ord. L. 4° T. 8° princ., Cod. do Com. Art. 206.

A theoria da *tradição*, de que deriva a disposição do Art. 534, pedia uma solução opposta pela regra—*res suo domino perit*—. Prevalece porém a outra regra—*debitor rei certæ ejus interitu liberatur*—.

O Cod. do Com. no citado Art. 206 consagra exactamente esta theoria dizendo—logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a cousa vendida á disposição do comprador, são por conta destes todos os riscos della. As palavras entremeiadas—*e o vendedor põe a cousa vendida á disposição do comprador*—não alterão, ou modificão, em nada a regra dominante da materia. O pensamento contido nestas palavras é o mesmo da excepção do Art. 207 n. 4°, que põe o risco á cargo do vendedor, se este deixar de entregar a cousa vendida, estando prompto o comprador para recebê-la.

(31) Ord. L. 4° T. 8° § 1°. Trata-se da *condição suspensiva*. Sendo a condição *resolutiva*, a pêrda antes acontecida pertence ao comprador.

O Cod. do Com. no Art. 207 não faz esta excepção, e por certo não a-fêz por estar subtendida, tendo dito no Art. 191 que nas vendas condicionaes o contracto não se-reputa perfeito senão depois de cumprida a condição. Se neste caso o contracto não está perfeito, segue-se, que a pêrda total da cousa vendida é por conta do vendedor.

§ 2.° Mas a pêrda parcial, ou a deterioração, pendendo a condição, será por conta do compradôr, salvo se da parte do vendedôr houvér móra na entrega (32):

§ 3.° Tendo-se de fazêr escriptura publica por accôrdo das partes (Art. 513), a pêrda da cousa vendida, antes de acabado o instrumento, pertence ao compradôr, ainda que a cousa lhe não fosse entregue sem culpa do vendedôr (33):

§ 4.° Se antes da entrega da cousa ao compradôr houvér desapropriação por necessidade, ou utilidade, publica, recahem as consequencias sobre o vendedôr (34):

§ 5.° Nas cousas, que se-vendem por pêso, ou medida, ou por prova, toda a perda antes de taes operações é por conta do vendedôr, e depois dellas por conta do compradôr (35):

---

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 2°.

Assim dispõe o Direito Romano na Lei 8ª pr. Dig. *de peric. et comm. rei vend.* Esta regra sobre a pêrda parcial, ou deterioração, da cousa vendida parece implicar contradicção com a regra anteriôr do caso de pêrda total; mas ella justifica-se pelo principio de que a condição cumprida tem effeito retroactivo ao dia, em que o contracto foi feito, como se este tivesse sido puro e simples. Em materia commercial, já que o nosso Cod. do Com. é omisso, prevalece esta regra? Creio que sim, já porque a theoria do Cod. sobre a compra e venda é a mesma do Direito Civil, já porque o Direito Civil é subsidiario da legislação commercial—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 2°.

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 3°.

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 4°.

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 5°, Cod. do Com. Art 207 n. 3°, o qual accrescenta, que em taes vendas a tradição real suppre a falta de contagem, pêso, medida, ou sabôr.

A citada Ord. § 5° só contempla as cousas, que devem ser pesadas, medidas, ou provadas; porém estão no mesmo caso as cousas, que devem ser contadas. Entende-se nestes casos, que a venda é condicional. Cessa esta regra, como tem prevenido exactamente o Cod. do Com. no Art. 208, quando o

§ 6.° Nas que se não vendem por medida, mas por junto ou á esmo ; a pêrda pertencerá dêsde logo ao comprador, não a-tendo o vendedôr tomado á si (36) :

---

comprador fôr culpado de não se-terem feito as operações de que a venda dependia.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 6°, Cod. do Com. Art. 208.

A Ord. L. 4° T. 8° é omissa sobre a regra importante do Cod. do Com. no Art. 207 n. 1°, e por outro lado esta regra do Cod. necessita uma explicação, para que seja applicada com acêrto. A theoria de que o risco da cousa vendida pertence logo ao comprador, dêsde que a venda é perfeita, embora não tenha havido tradição, applica-se unicamente ás vendas de *cousas certas*, *corpos certos*, — *cousas individualmente determinadas*. Logo, quando a venda fôr de *cousas incertas*, cumpre investigar se a dita theoria póde ser applicada. Ha dois casos de venda de *cousas incertas*, um quando vende-se em geral uma cousa só determinada pelo genero ou especie á que pertence, outro quando vende-se uma cousa determinada entre duas ou mais do genero ou especie á que pertence. No primeiro caso não póde havêr questão de risco ou pêrda fortuita da cousa vendida, pela regra — *genus nunquam perit* —. No segundo caso (que é o das *vendas alternativas*), a pêrda de uma, ou de alguma das cousas, entre as quaes se-comprehendia a vendida, certamente é por conta do vendedor ; mas a pêrda de todas as cousas, entre as quaes comprehendia-se a cousa vendida, não recahe inteiramente sobre o vendedor. Neste ultimo caso o comprador supporta a pêrda da cousa comprada, e deve pagar ao vendedor o prêço della. E' o que se-acha sabiamente previsto na L. 34 § 6° *Dig. de contrah. empt.* « *Si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris quem velit dare ; sed uno mortuo, qui superest dandus est ; ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit ; sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur.* » Assim pois, quando, na hypothese do Cod. do Com. Art. 207 n. 1°, a cousa vendida não fôr objecto determinado por marcas, ou signaes distinctivos, que a differenciem entre outras da mesma natureza e especie, com as quaes possa achar-se confundida ; a pêrda será por conta do vendedor em relação á uma, ou algumas das cousas, entre as quaes se-ache a cousa vendida ; mas não assim, quando se-perdêrem todas as cousas, entre as quaes achava-se a cousa vendida.

§ 7.° Pertencerá tambem a pêrda ao compradôr, [...] obstante a responsabilidade tomada pelo vendedôr [...] feitas por junto, tirar prova da quantidade vendid[...]

§ 8.° Pertencerá outrosim a pêrda ao comprad[...] do § 5° dêsde o vencimento do prazo, em que ob[...] recebêr a cousa, se-deixar de recebê-la (38).

Art. 539. Applicar-se-hão estas regras, quand[o] [...] não tivérem convencionado de outro modo (39).

Art. 540. Em todo o caso, sempre que a pêrda [...] vendida fôr por conta do vendedôr ; deve elle restit[...] ao comprador, se já o tivér recebido (40).

3.ª ED.

Estas distincções, para bem entendêr-se o Art[...] do Cod. do Com., transcreveu Ordando Cod. Co[...] pag. 81, e sem observação.

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 6.°;

(38) Ord. L. 4° T. 8° § 7°.

Esta regra está comprehendida na segunda p[...] 208 do Cod. do Com. Se no caso do seu Art. 207 [...] respondente ao § 5° do nosso Art., o comprador n[...] cousa comprada no prazo, que ajustou ; é claro, q[...] ção da contagem, do pêso, ou da medida, deixou-[...] por sua culpa.

O § 7° da cit. Ord. L. 4° T. 8° falla em geral [...] ção de prazo entre o comprador e o vendedor, d[...] perigo é por conta do comprador; e desta general[...] se-hia concluir, que antes do vencimento do pra[...] por conta do vendedor. Uma tal conclusão faria [...] ria a lei, porque sua regra geral é, que dêsde o [...] contracto o perigo é logo por conta do comprado[...] não suspende a perfeição do contracto. Evitei tal [...] referindo-me ao caso do § 5°. Tal é a verdadeira l[...] como se-póde vêr no Comment. de Silv. á essa O[...]

(39) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 8°.

(40) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 4°.

C. L. C.

Art. 541. Sempre que a perda fôr por conta do compradôr, fica elle obrigado á pagar o preço ao vendedôr, se já não o-tiver pago (41).

Art. 542. As compras, e vendas se-pódem fazer, ainda que o vendedôr e o comprador não estejão presentes no mesmo logar; nem presente a cousa, que fôr objecto do contracto (42).

Art. 543. Basta, que o vendedôr e o comprador por meio de cartas, ou de interpostas pessoas, consintão reciprocamente (43).

Art. 544. A venda pode ser feita á contento do compradôr por um prazo determinado. Se dentro desse prazo a cousa agradar, a venda fica perfeita (44).

Art. 545. Não agradando a cousa, resolve-se o contracto, salvo se antes de findo o prazo o compradôr não se-declarar expressamente (45).

Art. 546. Para a venda ser valiosa, o preço deve sêr quantia certa; ou fixada pelas partes, ou deixada á arbitrio de um terceiro (46).

---

(41) Cit. Ord. L. 4° T. 8° § 4°.
(42) Ord. L. 4° T. 1° princ.
(43) Ord. L. 4° T. 1° princ.—*per epistolam, aut per nuntium*—.
(44) Cit. Ord. L. 4° T. 1° § 2°. Esta clausula—*á contento*—denominão os Jurisconsultos—*pactum displicentiæ*—.
(45) Cit Ord. L. 4° T. 1° § 2°.
(46) Cit. Ord. L. 4° T. 1° § 1°, Cod. do Com. Art. 194.

3.ª ED.

O *arbitrio*, de que falla este Art. é, o—*arbitrio de bom varão*—(Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 992), que não faz parte do arbitramento, mas que é o preliminar ou a materia delle. Este arbitrio, pôsto que de *bom varão*, é arbitrio indouto, suggerido somente pela luz da razão natural. No laudo do terceiro arbitradôr, que desempata (Art. 549 *infra*) ha tambem *arbitrio de bom varão*, mas varão douto, que já discorre pela luz da *bôa razão*, adoptada pela Lei de 18 de Agosto de 1769. Vid. Not. ao Art. 549 *infra*.

Art. 547. Se antes da designação do prêço fallecêr o louvado escolhido, a venda havêr-se-ha por não feita (47).

Art. 548. Se a designação do preço não fôr justa, qualquer das partes póde requerêr ao Juiz outro arbitramento por dois louvados (48).

Art. 549. Discordando os louvados, o Juiz adoptará um dos laudos, e terminará a incertêza do prêço (49).

Art. 550. O comprador e o vendedor podem entre si ajustar qualquer pacto, clausula, e condição; uma vez que seja honesta, e conforme á Direito (50).

---

(47) Cit. Ord. L. 4° T. 1° § 1°. Se o louvado (Cod. do Com. Art. 194) não pudér, ou não quizér, fazêr a estimação, será por arbitradores determinado o prêço.
Á menos que as partes não venhão á concordar na nomeação de outra pessoa, ou pessoas, que determinem o prêço, e assim se-deve entendêr o Art. 194 do Cod. do Com.
(48) Ord. L. 4° T. 1° § 1°.
(49) Cit. Ord. L. 4° T. 1° § 1°,

3.ª ED.

O *arbitrio* do terceiro arbitradôr deve ser sempre illuminado pela *bôa razão*. Quando justo é arbitrio de *bom varão*. Quando injusto é arbitrio de *mau varão*, arbitrio profligado, em relação á delegados do Governo, por estas ultimas notaveis palavras do Av. n. 146 de 4 de Maio de 1868—« não é licito o dizêr, e sustentar, o proposito de procêder *arbitrariamente* no caso de deficiencia das leis do paiz ».
(50) Ord. L. 4° T. 4° princ.
Nas vendas de escravos são licitas as seguintes clausulas:
De serem libertados—L. 16 pr. e L. 30 princ. Dig. *qui et a quib. manumis.* L. 20 § 2° Dig. *de manumis.*
De não serem libertados—L. 9ª § 2° Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 9ª Dig. *de nanumis.*
De serem vendidos para fóra de um logar.

Art. 551. E' licito o pacto de podêr o vendedôr remir em certo prazo a cousa vendida, ou quando lhe-aprouvér; restituindo ao compradôr o preço, e ficando resolvida a venda. (51).

Nos dois primeiros casos á cima é inutil a estipulação de clausulas penaes.

3.ª ED.

— *Qualquer pacto* — : Todos os pactos da compra e venda, como os de outros contractos, são os—*pactos adjectos*—; isto é, accessorios dos contractos, em que apparecem estipulados. Além dos *pactos adjectos*, distinguem-se em Direito (todos como actos unilateraes) os *pactos legitimos* da doação e do dote (Vid. Not. ao Art. 411 *supra*), os *pactos pretorios* (Mackeldey Dir. Rom. §§ 467, 468, e 469), e os *pactos nús*, que só produzem *obrigações naturaes*. Estas obrigações não dão *acção* para demandar a entrega das cousas promettidas, mas dão *excepção* á quem as-recebeu para não restituil-as. Por *pactos nús* não se-transfere dominio, como diz o aphorismo da Not. ao Art. 908 *infra*. *Pactos nús* se-reputão nas *Sciencias Occultas* os *pactos diabolicos*.

— *Qualquer condição* —: que pode sêr—*casual*,- -*potestativa*,—*mixta*—. Quando *mixta* toca-se com a *venda aleatoria*, geralmente com os *contractos aleatorios*, sem que porém se se-confundão. Na *venda aleatoria*, nos *contractos aleatorios*, a incerteza da condição affecta o *objecto do contracto*, como—na venda de cousa futura,—nos *seguros terrestres*,—nos *seguros maritimos*,—*loterias*,—*jogo*,—*aposta*,—*sorte*; e nos outros casos affecta o modo do contracto, como no *cambio maritimo*,—*constituição aleatoria de rendas*, etc.

(51) Cit. Ord. L. 4º T. 4· princ. É o pacto *redimendi*—*retrovendendi*, ou venda *a retro* como vulgarmente se-diz. Antigamente se-lhe-dava o nome de *venda fiduciaria*, ou *retracto convencional*, que se destinguia de outras especies, as quaes se-podem vêr em Pothier—*Traité des retraits*—, e em Merlin —*Repert. de Jurisprud*—. O retracto por consanguinidade (*retrait lignager*, como se-diz no Direito Francêz) ou *lei do avoengo*, reprovou a nossa Ord. L. 4º T. 2º princ. O retracto entre co-herdeiros, e entre socios (*retrait successoral*, *retrait*

Art. 552. O comprador em tal caso fará seus todos os fructos, e rendimentos, da cousa comprada, até que a remissão se-verifique, e o preço lhe-seja restituido (52).

Art. 553. E' licito o pacto de não podêr o compradôr vender, ou alienar, a cousa senão á certa e determinada pessoa (53).

Art. 554. Tambem não se-poderá vendêr, ou alienar, a cousa, quando em virtude de alguma disposição testamentaria a venda, ou alienação, se-deva fazêr á pessoa designada (54).

Art. 555. E' licito o pacto de, no caso de evicção, o vendedor pagar o duplo do prêço (55).

Art. 556. O comprador de animaes póde engeital-os por manqueira ou doença que tenhão, ou por vicios de animo (56). (Arts. 862, 863, e 864)

---

partiaire), tambem não tem logar entre nós, salva todavia a disposição da Ord. L. 4º T. 96 § 5º sobre a propriedade commum, que não se-póde dividir. Vid. Art. 1166.

(52) Ord. L. 4º T. 4º princ., e T. 67 § 2º. Essas vendas *a retro* erão um dos expedientes artificiosos para as *usuras palliadas*, o que acautelavão as citadas Leis (§§ 1º e 2º da Ord. L. 4º T. 4º). Cessárão taes disposições, porque hoje não ha *usuras*: Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1º.

(53) Ord. L. 4º T. 11 § 2º. E' o pacto *de non alienando*. Além deste, ha o pacto *protimeseos*, o *de addictione in diem*, de que as nossas Leis não fallão.

(54) Cit. Ord. L. 4º T. 4º § 1º.

(55) Ord. L. 3º T. 45 § 3º.

(56) Ord. L. 4º T 17 § 8º. Applica á venda de animaes a disposição somente do § 7º sobre escravos d'Africa. Estes vicios, ou defeitos, pelos quaes responde o vendedor, são os chamados—*redhibitorios*—. Quanto ao séstro, ou manha, dos animaes (*vicio de animo*) a Lei dá o exemplo—de se-espantarem, impinarem, ou rebellarem, sem causa.

O § 7º da citada Ord. ficou letra morta, dêsde que se-abolio o trafico de Africanos; mas estão em vigôr todas as outras

Art. 557. As cousas moveis, ou immoveis, tambem póde o comprador engeitar; se-tiverem vicios, ou faltas (57).

Art. 558. Engeitando-se a cousa comprada, provados os vicios, ou defeitos, o vendedor é obrigado á restituir o prêço ao comprador (58). (Art. 604)

---

disposições dessa Ord. até o § 6°, sobre os vicios redhibitorios na compra e venda de escravos ladinos.

Se fôrem doentes de tal enfermidade, que tôlha a prestação de serviços; o comprador póde engeital-os, provando que já erão doentes dessa enfermidade em podêr do vendedor—Cit. Ord. pr..

Não póde porém o comprador engeital-os, nem exigir abatimento do prêço: 1°, se a enfermidade fôr apparente; 2°, se o vendedor a-manifestou ao tempo da venda; 3°, se a enfermidade fôr tão leve, que não tôlha a prestação de serviços—Cit. Ord. § 1°.

Tambem não póde engeital-os por vicios de animo, salvo se fôrem fugitivos; ou se o vendedor declarou ao tempo da venda, que não tinhão taes e taes vicios, entretanto que ostinhão. Mas, pôsto que neste caso não possa engeital-os, poderá todavia pedir abatimento do prêço—Cit. Ord. § 2°.

Ao contrario póde engeital-os: 1°, se ao tempo da venda o vendedor occultou, que estavão incursos em delicto punivel com a pena de morte; 2°, se occultou, que havião já tentado suicidar-se por aborrecimento da vida; 3°, se declarou falsamente, que sabião alguma arte, ou tinhão alguma habilidade especial, que influirão no prêço da venda; não se-exigindo neste ultimo caso, que sejão consummados, e bastando que saibão medianamente a arte declarada, ou tenhão a affirmada habilidade— Cit. Ord. §§ 3° e 4°.

(57) Cit. Ord. § 10. Por exemplo, diz a Lei, quando se-compra um livro com folhas de menos, ou falta de folha em parte notavel, ou que não se-póde lêr; quando se-compra um pomar, ou horta, que naturalmente produz hervas venenosas. Vid. Arts. 210 e 211 do Cod. do Com.

(58) Cit. Ord. § 7°, á que refere-se o § 8°. Pelo Art. 213 do Cod. do Com., além da restituição do preço, o vendedor deve tambem pagar as despezas, que tiver occasionado, com os juros da lei.

Art. 559. Estas acções tem cabimento, tanto na compra e venda, como na troca, dação em pagamento, e outros contractos tendentes á transferir dominio, menos a *doação* (59).

Art. 560. Pelo vicio da lesão a compra e venda póde sêr rescindida, quando qualquer das partes fôr enganada além da metade do justo prêço (60). (Art. 359)

Art. 561. O vendedor soffre este engano, quando, por exemplo, vendeu por menos de cinco o que, na verdadeira e commum estimação, valia déz ao tempo do contracto (61).

Art. 562. O comprador o-soffre, quando comprou por mais de quinze o que, na verdadeira e geral estimação, valia déz ao tempo do contracto (62).

Quanto aos escravos ladinos que o comprador póde engeitar, o vendedor tem obrigação de restituir o prêço, ainda que fallêção em podêr do comprador; se este provar, que fallecêrão da enfermidade, que já tinhão em podêr do vendedor—Cit. Ord. § 5°.

Se fôrem engeitados por fugitivos, o vendedor tambem tem obrigação de restituir o prêço, posto que andem fugidos: comtanto que o comprador prove, que em podêr do vendedor já tinhão o vicio de fugitivos. Em tal caso o comprador prestará fiança, obrigando-se á diligenciar á captura; e á entrega-los ao vendedor, se viérem ao seu podêr—Cit. Ord. § 5°.

Além da restituição do prêço, o vendedor indemnisará o comprador da siza, que houvér pago; corretagem do costume, e das despezas feitas com a cura do escravo engeitado por molestia.

(59) Ord. L. 4° T. 17 § 9°.

Vid. Art. 424 e Not.

(60) Ord. L. 4° T. 13 princ. *Lesão enorme* é a expressão adoptada, e vulgar. A rescisão por lesão não tem logar nas compras e vendas entre pessoas commerciantes, salvo provando-se erro, fraude, ou simulação—Art. 220 do Cod. do Com.

(61) Cit. Ord. L. 4° T. 13 princ.

(62) Cit. Ord. L. 4° T. 13 princ.

Art. 563. Para rescisão da venda não basta, que o vendedor allegue têr-lhe custado a cousa vendida o dôbro do prêço do contracto, ou têl-a depois o comprador vendido pelo dôbro (63).

Art. 564. O comprador demandado pela acção de lesão tem escolha, ou para restituir ao vendedor a cousa comprada, recebendo seu prêço; ou para inteirar o justo prêço, segundo o que a cousa valia ao tempo do contracto (64).

Art. 565. A restituïção da cousa comprada sempre se-deve fazêr com a dos fructos dêsde a contestação da lide (65).

---

(63) Ord. L. 4° T. 13 § 2°.

(64) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 1°.

3.ª ED.

E' caso de uma *obrigação alternativa* constituida pela Lei, pois que taes obrigações tambem são constituidas por contractos, ou disposições de ultima vontade. Ha *obrigação alternativa,* quando é constituida disjunctivamente, de modo que extingue-se pelo cumprimento de uma de duas ou mais prestações. Oppõe-se á esta obrigação a *obrigação conjuncta* ou *conjunctiva,* quando o devedor está obrigado á duas ou mais prestações, sem cujo cumprimento total não fica libertado.

Não se-confunda *obrigação alternativa* com *obrigação facultativa.* Naquella ha duas ou mais prestações. Nesta outra ha uma so prestação, mas com a clausula de podêr o devedôr substituil-a por outra.

Não se-confunda tambem a *obrigação conjuncta objectiva* com a *obrigação conjuncta subjectiva.* Aquella é *conjuncta* quanto á seus objectos. Esta é *conjuncta* quanto ás pessôas, que podem sêr *concredôres,* ou *codevedôres.* Esta ultima póde sêr *solidaria,* ou sem solidariedade. Vid. Not. ao Art. 791 *infra.*

(65) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 10.

Art. 566. Não se-livra o comprador de sêr demandado, ainda que tenha alienado a cousa comprada; e se não podér restituil-a, deve inteirar o justo prêço (66).

Art. 567. Mas, se a lesão fôr enormissima, restituir-se-ha a cousa precisamente, e com os fructos dêsde o dia da venda (67).

Art. 568. O vendedor, quando demandado pelo comprador, tambem tem escolha; ou para restituir o preço, recebendo a cousa vendida; ou para restituir somente o excesso do justo prêço, regulado pelo dia do contracto (68).

Art. 569. A acção de lesão não é admissivel na compra e venda, que se-fizér em hasta publica com as solemnidades legaes (69).

---

(66) Cit. Ord. L. 4° Tit. 13 § 4°. D'aqui conclue se que a acção de *lesão enorme* é pessoal.

(67) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 10. Daqui conclue-se, que é uma *acção real* a de *lesão enormissima,* visto que póde sêr intentada contra terceiro possuidor. A Lei entretanto não define o que seja *lesão enormissima.*

(68) Ord. L. 4° T. 13 § 1°.

(69) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 7°, combinada com a do L. 2° T. 53 § 7°, e com o § 18 da Lei de 20 de Junho de 1774. Este ponto, da maior importancia para tranquilisar os arrematantes, tem sido duvidoso até o presente. Os Praxistas varião, o Art. 559 do Regul. Com. não lhe tocou, deixando para o Direito Civil as questões sobre os effeitos das arrematações; e o § 7° da cit. Ord. começa por uma solução opposta á que adoptamos. « A lesão é allegavel (diz Silv. Lisb. Dir. Merc. Tom. 5° Cap. 24) ainda nas vendas judiciaes, feitas por arrematação; pois a hasta publica não deve ser o vinculo de iniquidades. »—Antes da Lei de 20 de Junho de 1774 so se-fazia ao executado a primeira citação para a penhora (Ord. L. 3° T. 86 § 27)., menos nas execuções fiscaes (Ord. L. 2° T. 53 § 7°); porém a dita Lei de 1774 no § 18 mandou, que em falta de arrematante o executado fosse citado para dar lançador. Ora, esta citação para dar lançador, ou para remir os bens, é precisamente a condição, de que a Ord. L. 4° T. 13

Art. 570. Resolve-se porém a compra e venda feita em hasta publica, quando a sentença, cuja execução a motivára, se-revogar no todo ou em parte pelo provimento dos recursos, que pendião (70).

Art. 571. Os bens vendidos, em tal caso, serão restituidos ao executado; e o comprador será embolsado do preço da arrematação, e das despêzas desta, á custa do exequente, ou do seu fiador (71). (Arts. 860 e 861)

---

§ 7º fazia depender o direito de rescindir as arrematações por lesão enorme. Desta maneira, o que antigamente o arrematante devia praticar, como cautela para livrar-se da acção de lesão, tornou-se pela Lei de 1774 uma solemnidade geral para todas as execuções. Lobão Execuç. § 422 quér, que a citação da Ord. L. 4º T. 13 § 7º seja acto differente da citação ordenada pelo § 18 da Lei de 1774; porém todo o pratico sabe, que os *pregões* são uma vã formalidade, e que no nosso Fôro a citação do executado para remir, ou dar lançador, é sempre feita depois das praças, não tendo apparecido arrematante. Consequentemente a regra nesta materia é a que estampamos no têxto. No Fôro Commercial não ha citação para dar lançador—Art. 546 do Regul. n. 737.

3.ª ED.

Leia-se o Art. 569 *supra* assim:—A acção de lesão não é admissivel na compra e venda, que se-fizér em hasta publica com as solemnidades legaes; salvo quando houvér dolo, ou engano de lesão enormissima.

Esta nova redacção prova meu assenso á censura do Sr. Rebouças (que muito agradeço) pags. 109 e 110. Não reproduzi litteralmente as palavras da Ord. L. 4º—*sem alguma arte ou engano*—, para não acorôçoar a confusão do *dolo* com o *engano*. No *dólo* ha sempre *engano*, mas este póde não sêr *doloso*; como acontece muitas vêzes na *lesão enorme*, que a Ord. L. 4º T. 13 chama *engano* em lato sentido. Sem esta distincção ninguem perceberá o que seja *rescindir contractos por lesão*. Na *lesão enormissima* presume-se *dólo*.

(70) Ord. L. 3º T. 86 § 4º, e T. 84 § 14 *in fin.*

(71) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4.º Este caso não é o de *evicção* dos bens arrematados, que se-deve regular pela Ord. L. 3º

Art. 572. Se a sentença fôr somente revogada em parte, o exequente e o executado contribuiráõ proporcionalmente para o embolso das despezas da arrematação (72).

Art. 573. O arrematante, que restituir os bens comprados, não tem obrigação de restituir os fructos ou rendimentos percebidos, e fica direito salvo ao executado para indemnisar-se pelos bens do exequente (73).

Art. 574. Se o arrematante tivér feito bemfeitorias na cousa arrematada, ser-lhe-hão pagas pelo executado, e serão compensadas com os ditos rendimentos (74).

Art. 575. O comprador vencido judicialmente por terceiro, que lhe-demandou a cousa comprada, tem direito de exigir, que o vendedor lhe-pague o preço recebido, ou o valôr da cousa com pêrdas e interesses (75).

T. 45. Parece ter havido engano, quando no Art. 585 do Regul. Com. n. 737 tratou-se da *evicção* por occasião dos embargos do executado.

Dão-se os mesmos effeitos da cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º, quando a arrematação fôr annullada por acção ordinaria, menos quanto ao fiadôr do exequente. Esta fiança fica extincta, dêsde que passa em julgado a sentença, que não dá provimento aos embargos ou á appellação do executado.

3.ª ED.

« Faltou dizêr (Rebouças Observ. pags. 110 e 111), que o direito de restituição do objecto arrematado depende de a promover o executado, vencedôr em embargos á execução, na *opportunidade* prescripta no mesmo § 4º da Ord. L. 3º T. 86 etc. »

Não faltou dizêr, porque foi dito nos Arts. 860 e 861 *infra*. No Cap. da *prescripção* reuni todos os casos della.

(72) Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

(73) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

(74) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 5º. Vid. Art. 584 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(75) Ord. L. 3º T. 45 § 3º. Eis o caso da *evicção*, que igualmente se-póde dar com o arrematante. Vid. Arts. 213, 214,

Art. 576. Para exercêr esse direito por causa da evicção, o comprador deve denunciar ao vendedor o litigio propôsto, no tempo, e pela fórma, que determinão as Leis do Processo (76).

Art. 577. Não póde o comprador demandar pela evicção:

§ 1.° Se foi privado da cousa comprada, não pelos meios judiciaes, mas por caso fortuito, força, roubo, ou furto (77):

§ 2.° Se sabia, que a cousa era alheia (78).

Art. 578. No caso dos Arts. 125, 126, e 127, o comprador de immoveis vendidos pelo marido sem outorga da

---

215, e 216, do Cod. do Com.; e Art. 585 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A cit. Ord. L. 3° T. 45 § 3° não falla de juros quando dá ao comprador o direito de exigir o pagamento do preço, e esta omissão em materia civil se-deve reputar-supprida pelo disposto no Cod. do Com. Art. 213. Explica-se tal omissão pelas idéas que então reinavão contra a usura.

(76) Ord. L. 3° T. 44, e T. 45. Esta materia da *evicção* quasi que só foi encarada pela nossa Lei em relação ao processo da *autoria*.

Chamando-se á autoria o executado, cujos bens forão arrematados, deve-se tambem citar o exequente. Tem elle interesse, em que a cousa não seja evicta; para que não seja obrigado á restituir o preço da arrematação, que recebeu.

3.ª ED.

Se o vendedôr vem á Juizo defendêr o litigio, que pelo chamamento á *autoria* se-torna seu e do compradôr; é caso de *assistencia*, o vendedôr vem á ser *assistente*. Generalisado este caso de *assistencia*, procede a exacta doutrina de Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 173. Vid. Not. ao Art. 615 *infra*.

(77) Cit. Ord. L. 3° T. 45 § 4°.

(78) Cit. Ord. L. 3° T. 45 § 5°. Confiscava-se neste caso o preço da venda para os captivos. Hoje só póde ter logar o procedimento criminal do Art. 264 § 1° do Cod. Pen. contra os que alhêão bens de outros como proprios. Vid. o final da 1ª parte do Art. 215 do Cod. do Com.

molhér póde reclamar o prêço da venda; se provar que foi convertido em proveito della, ou do casal (79).

Art. 579. Na falta dessa prova o immovel será entregue á molhér, sem que ella seja obrigada á restituir o prêço; e o comprador só terá acção contra o marido vendedor, se não sabia, que elle era casado (80).

Art. 580. Se o comprador sabia, ou tinha razão de sabêr, que o vendedor era casado, sem prejuizo do dispôsto no

---

(79) Ord. L. 4° T. 48 § 4.°

(80) Cit. Ord. L. 4° T. 48 § 5.° Manda prendêr o marido, não tendo por onde pague; o que ficou sem vigôr pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Havendo artificio fraudulento, se o marido se-fingio solteiro, terá logar a acção criminal com o fundamento do Art. 264 § 4° do Cod. Pen.

3.ª ED.

« Sendo o fundamento (Rebouças Observ. pags. 111 e 112) expresso no § 5° da Ord. L. 4° T. 48, para a sancção de prisão ao marido vendedôr, sua malicia na venda; não se-póde dizêr, que ficasse relevado de a-soffrêr pelo que dispõe a Lei de 20 de Junho de 1774, e o Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, á favôr dos executados, que deixão de têr bens, em que se-lhe-faça execução, por infortunio, e não por dolo ou fraude. Se fosse mal cabida a prisão assim sanccionada, mais o-seria a imputação do crime de estellionato ao marido em relação á molhér, á vista do Art. 262 do Cod. Crim. etc. »

Aceito a primeira parte desta censura, não a segunda:

Aceito a primeira parte, porque em verdade o caso não é de insolvencia innocua do marido; é sempre de maliciosa insolvencia do marido, por têr vendido (como diz a Ord. L. 4° T. 48 § 5°) a cousa de raiz sem consentimento da molhér:

Não aceito a segunda parte da censura, porque, na acção criminal de estellionato, só tive em mente o compradôr; e não a molhér, que pelo Art. 262 do Cod. Crim. não poderia accusar seu marido.

Art. 578 (81); não poderá demandar o preço ao proprio marido, e restituirá a cousa com os rendimentos liquidos (82).

Art. 581. Tendo o comprador feito bemfeitorias necessarias, ou uteis, e querendo havêl-as; compensará os respectivos rendimentos, ainda que os-recebesse antes da lide contestada (83).

Art. 582. Não podem vendêr:

§ 1.° Os pais aos filhos, aos netos, e aos mais descendentes; sem consentimento dos outros filhos, ou descendentes (84):

§ 2.° O marido, sem outorga da molhér; os immoveis do casal (85): (Art. 119)

§ 3.° Os foreiros os bens afôrados, sem consentimento do senhorio (86): (Arts. 614 § 2°, 626 § 2°, e 627)

§ 4.° As Ordens Regulares os bens moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio, sem expressa licença do Govêrno (87). (Art. 342)

---

(81) Cit. Ord. L. 4° T. 48 § 4°—*ainda que o comprador fosse sabedor que o vendedor era casado ao tempo da venda*—.

(82) Cit. Ord. L. 4° T. 48 § 6°.

(83) Ord. L. 4° T. 48 § 7°.

(84) Ord. L. 4° T. 12. Pelo Art. 7° da Lei de 22 de Setembro de 1828 cessou a antiga licença, que dava para essas vendas o extincto Desembargo do Paço. A prohibição é applicavel á todos os ascendentes, de um e de outro sexo; porque a razão della foi evitar fraudes, em prejuizo dos herdeiros descendentes.

Sem consentimento:— Como a Lei não exige para tal consentimento uma fórma especial, segue-se, que póde sêr expresso ou tacito, e que póde sêr provado por todos os meios—Silv. á esta Ord. ns. 6, 36, 37, e 38.

(85) Ord. L. 4° T. 48.

(86) Ord. L. 4° T. 11 § 3°, e T. 38.

(87) Lei de 9 de Dezembro de 1830, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 3°. Vid. Not. ao Art. 342.

Art. 583. Serão nullas as vendas feitas em contravenção do § 1° do Art. antecedente, e no mesmo caso estão as trocas desiguaes (88).

Art. 584. **Esses bens nullamente vendidos, ou trocados, pelos pais sem consentimento dos outros herdeiros descendentes, serão partilhados por morte dos vendedôres, como se não fôssem alienados, sem que os ditos herdeiros paguem preço algum ao comprador** (89).

---

(88) Ord. L. 4° T. 12. Nas vendas, por mais que exteriôrmente pareção iguaes, não cessa a razão de suspeita de fraude; nas trocas iguaes, a boa fé do contracto póde sêr verificada.

Procede a prohibição desta Ord. L. 4° T. 12 em todos os contractos entre pais e filhos, uma vêz que se-prove têrem sido feitos para fraudar as legitimas dos outros filhos ou descendentes.

(89) Cit. Ord. L. 4° T. 12. A Lei dispensa de pagar o preço, porque presume venda feita simuladamente.

Como esta nullidade foi estabelecida em favôr dos filhos, segue-se, que os ascendentes doadôres não podem argui-la—Silv. á esta Ord. n. 56. Adverte este mesmo Commentadôr n. 57, que os proprios filhos não podem arguir tal nullidade durante a vida dos ascendentes doadôres, pois que fôra demandar sua legitima antes de tempo.

3.ª ED.

« O consentimento (Rebouças Observ. pags. 112 e 113), de que trata a Ord. L. 4° T. 12, não deve sêr provado senão pelo mesmo meio de prova da venda, ou troca, etc. Nem praticamente alguma outra prova do consentimento, que não fôsse a que se-podesse dar *in continenti* por escriptura publica ou particular, poderia evitar no competente processo de inventario e partilha o immediato cumprimento da mesma Ord. L. 4° T. 12, emquanto diz :— E por morte do vendedôr, etc. »

E' bem especiosa esta objecção, mas não procede :

1.° Porque a Ord. L. 4° T. 96 § 16 (Consol. Art. 1175) reconhece nos herdeiros a faculdade de allegarem em relação á partilha qualquer direito, que tenhão:

Art. 585. Não podem comprar :

§ 1.° As Corporações de mão-morta bens alguns de raiz, sem especial concessão do Córpo Legislativo (90) : (Art. 69)

§ 2.° Os Tutores, e Curadores, bens de seus pupillos, e administrados, como está dispôsto nos Arts. 291 e 292 (91):

§ 3.° Os Juizes e Escrivães dos Orphãos, e os Juizes de Direito, bens de menores, como está dispôsto no Art. 293 (92) ;

§ 4.° Os Testamenteiros, nos termos dos Arts. 1117 e 1118, bens dos testadôres (93) :

2.° Porque soberana é a regra (Const. do Imp. Art. 179 n. 1°) de sêr permittido quanto a lei não prohibe—*permissum censetur quod non prohibitum*—:

3.° Porque da Ord. L. 4° T. 48 princ. resulta argumento em meu favôr pela regra—*quod de uno denegatur, de alio concessum esse videtur*—:

4.° Pela outra regra—*unicuique licet contenere hæc, quæ pro se introducta sunt*—: Não houve consentimento escripto, mas houve consentimento ; e o coherdeiro ou coherdeiros não o-negão, não mentem á sua consciencia, não exigem para o inventario e partilha a cousa vendida ou trocada, e tal cousa não entra na partilha.

(90) Ord. L. 2° T. 18, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2°.

A prohibição procede em todos os casos, que ficão designados nas Nots. ao Art. 69.

(91) Ord. L. 1° T. 88 § 29, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6°.

(92) Ord. L. 1° T. 62 § 38, T. 88 § 30, T. 89 § 8°, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6°.

(93) Ord. L. 1° T. 62 § 7°, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35.

Vid. Nots. aos Arts. 595 § 5°, 596 § 5°, e 1117.

Esta Ord. prohibe compras por interpostas pessoas : não compras feitas em boa fé á terceiros, que arrematárão os bens.

§ 5.° Os Vereadôres, e Empregados das Camaras Municipaes, bens dellas, que se-vendêrem em hasta publica (94) :

§ 6.° Os Empregados do Juizo dos Feitos da Fazenda, por si ou por outrem, bens, que se-arrematarem por dividas fiscaes ; sob pena de nullidade, e de lhes-podêrem reivindicar os mesmos bens *com os rendimentos* os proprietarios delles, e seus herdeiros (95) : (Arts. 929 e 930)

§ 7.° Os Juizes, Escrivães, Depositarios, Avaliadôres, e Officiaes do Juizo, bens levados á praça (96) :

§ 8.° Os credôres exequentes, sem licença do Juiz, bens de seus devedôres, que se-houvérem de arrematar (97).

Art. 586. Não se-póde vendêr (98) :

---

(94) Lei do 1° de Outubro de 1828 Art. 43.

(95) Regim. da Faz. Cap. 87, Ord. L. 2° T. 53 § 5°, Instrucç. de 31 de Janeiro de 1851 Art. 22. Supprimo, por não vigorarem actualmente, as disposições da Ord. L. 3° T. 39 sobre a compra de acções por pessoas poderosas.

(96) Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 549 § 1°.

O Juiz, Escrivão, Curadôr Fiscal, e Administradôres de massas fallidas, não podem comprar bens dellas, para si, ou para outrem ; pena de os-perdêrem, e o seu preço, á beneficio das mesmas massas—Cod. do Com. Art. 863.

3.ª ED.

Opinei em consulta de banca, que esta sancção do Cod. do Com. Art. 863 accumula-se com a pena do Art. 146 do Cod. Crim.

(97) Ord. L. 3° T. 86 § 30, e cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 549 § 4°.

3ª. ED.

(98) Não se-póde vendêr (Regim. dos Correctôres no Decr. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 26), *fundos publicos* nacionaes ou estrangeiros, bem como *acções de companhias* reconhecidas pelo Governo, quando a operação não fôr *legitima e real*. Será considerada *legitima e real* a sobredita transacção

se, ao tempo em que fôr feita, os titulos objectivos della pertencerem verdadeiramente ao vendedôr.

E' uma restricção benefica para cohibir a *agiotagem*.

Esta restricção é ampliavel ás usadas vendas de *futuros dividendos* de acções de companhias? Sim, no mesmo caso de não possuir acções o vendedôr ao tempo da venda—*accessorium sui principalis naturam sequitur*—.

Salva temos a disposição do Art. 192 do Cod. do Com., que faculta vendêr *lucros futuros*, uma vêz que se-possuão os titulos efficientes, para que o negocio não seja *aposta*. Surgem aqui outras questões, particularmente em materia de seguros, que reservo para um projectado commentario do nosso Cod. do Com.

Decr. n. 1695 de 15 de Setembro de 1869:

Art. 1.° Prohibe as *vendas de escravos* debaixo de pregão, e em exposição publica; sob pena de nullidade e multa, os *leilões commerciaes de escravos*: Substitúe por propostas escriptas aos Juizes as *praças judiciaes de escravos*:

Art. 2.° Nas *vendas de escravos*, particulares ou judiciaes, é prohibido, pena de nullidade, separar o marido da molhér, o filho do pai ou mãi, salvo sendo os filhos maiores de 15 annos.

Av. n. 197 de 7 de Julho de 1870:—Explica o Decr. á cima sobre *vendas de escravos*.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 1° § 5°—No caso de alienação de *molhér escrava*, seus filhos livres, menores de 12 annos, a-acompanharáõ, ficando o novo senhôr da *mesma escrava* subrogado nos direitos e obrigações do antecessôr.

Cit. Lei de 1871 Art. 4° § 7°—Em qualquer caso de alienação ou transmissão de *escravos* é prohibido, sob pena de nullidade, separar os conjuges, e os filhos menores de 12 annos do pai ou mãi.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 20.—A mesma disposição da Lei á cima de 1871 Art. 1° § 5°.

Cit. Regul. de 1872 Art. 90—Comfirma com additamentos o dispôsto na Lei á cima de 1871 Art. 4° § 7°.

Av. (Rev. —*Direito*—Vol. 8° pag. 778) de 8 de Outubro de 1875—No caso de alienação de escravo menor de dois annos, separado do pai ou mãi, contra o preceito do Art. 4° § 7° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, deve o Juiz de Orphãos, como autoridade competente, fazêr effectiva a nullidade do contracto, procedendo administrativamente nos ter-

§ 1.° Bens Nacionaes, sem faculdade da Assembléa Geral (99):

mos do Art. 85 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872.

Procede toda a legislação supracitada sobre vendas de escravos, prohibindo separar marido e molhér, quando um desses conjuges fôr livre ou liberto? A esta consulta sem hesitar respondi negativamente, porquanto, a escravidão dos dois conjuges sendo a causa da separação prohibida pelo legisladôr, tal causa cessa, se um dos conjuges no gôzo da liberdade póde seguir o conjuge escravo.

As cousas fóra do commercio (doutrina corrente) não podem sêr vendidas v. g.,—venenos,—livros obscenos,—estampas ou pinturas tambem obscenas,—comidas corrompidas. Quanto á venenos a prohibição exceptua os Boticarios, como vê-se na Ord. L. 5° T. 89. Quanto á estampas e pinturas obscenas, a prohibição está no Art. 279 do nosso Cod. Crim., e com extenção á quaesquer papeis offensivos da Moral Publica.

(99) Const. do Imp. Art. 15 § 15, Off. de 15 de Novembro de 1832, de 4 de Março de 1835, Port. de 15 de Março de 1837, Av. de 5 de Abril de 1838, e Ordem de 30 de Novembro de 1838. As Assembléas das Provincias poderão decretar a alienação dos *bens provinciaes*? O Art. 11 § 4° do Acto Addicional diz somente — *regular a administração dos bens provinciaes*—.

3.ª ED.

Terras devolutas, foi autorisado o Govêrno á vendêr em hasta publica pelo Art. 14 da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850.

Proprios nacionaes, tambem foi autorisado o Govêrno á vendêr pelo Art. 11 § 6° da Lei n. 1114 de 29 de Setembro de 1860; á sabêr, que fôrem desnecessarios ao serviço publico; e não derem um rendimento equivalente pelo menos ás despezas de seu custeio, e ao juro correspondente ao seu valôr.

Terrenos pertencentes ás antigas Missões e Aldêas dos Indios, *que estiverem abandonados etc.*, tambem foi autorisado o Govêrno á vendêr, (ou aforar), na conformidade da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, pelo § 8° da cit. Lei n. 1114 de 29 de Setembro de 1860.—N. B. Daqui vem a confusão desses *terrenos de Indios* com os *terrenos devolutos*, e

§ 2.° Bens Municipaes, sem concessão das respectivas Assembléas das Provincias (100), e na Côrte sem autoridade do Governo (101) :

§ 3.° Cousas, e acções, litigiosas (102) : (Arts. 344 e 345)

§ 4.° Bens dotaes (103) : (Art. 122)

---

confusão perigosa; porque estes são bens nacionaes por *acquisição originaria*, e aquelles o-são por *acquisição derivada* ou *derivativa*. Vid. Not. 10-ao Art. 610 § 1° *infra*.

Terras de Aldêas extinctas, *que estiverem aforadas*, foi autorisado o Govêrno á vendêr pelo Decr. n. 2672 de 20 de Outubro de 1875.

(100) Lei do 1° de Outubro de 1828 Art. 42, combinada com o Acto Addic. Arts. 1° e 10 § 4°, e com a Lei de 3 de Outubro de 1834 Art. 12. Os Conselhos das Presidencias de Provincias forão abolidos, e os Conselhos Geraes forão substituidos pelas Assembléas Provinciaes.

Os Bens Municipaes não estão sujeitos á penhora — Av. n. 120 de 24 de Março de 1863.

(101) Lei de 26 de Maio de 1840 Arts. 23 e 24. A Port. de 20 de Fevereiro de 1850 autorisou a Camara Municipal da Côrte, para podêr vendêr, satisfeitas as formalidades legaes, o terreno outr'ora comprado para estabelecimento do matadouro.

(102) Ord. L. 4° T. 10.

(103) Regim. do Desemb. do Paço § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1°.

Bens dotaes — entenda-se, como já se-advertio na Not. ao Art. 122, — *immoveis dotaes* —, quando o regime do casamento é o *regime dotal*.

Não podem ser vendidos os bens dotaes, porque são inalienaveis, e a disposição do texto procede á respeito de todos os bens inalienaveis, como são os das Corporações de mão-morta, e erão outr'ora os bens vinculados. A inalienabilidade não é absoluta. Ha certas circumstancias, em que os bens inalienaveis podem ser vendidos, ou subrogados por outros, mediante licença prévia da Autoridade competente. Quanto á venda de bens de Ordens Religiosas, a licença é dada pelo Governo, como está disposto no art. 342 *supra*. Quanto aos bens das outras Corporações de mão-morta, a licença só póde ser dada pelo Podêr Legislativo. Tratei porisso distinctamente dos *bens dotaes*, porque a licença, que outr'ora competia ao extincto Desembargo do Paço, póde ser dada pelos

§ 5.° Prata, ouro, joias, e ornamentos das Igrejas, sem licença do Governo ; e o compradôr restituirá estes objectos, perdendo o preço (104) :

Juizes da 1ª Instancia, como determina a cit. Lei de 22 de Setembro de 1828. A subrogação de bens inalienaveis (diz o Av. n. 248 de 17 de Novembro de 1853) compete aos Juizes da 1ª Instancia, e tal é a expressão da cit. Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 1°; mas eu entendo, que ella só se-refere aos *bens dotaes*, e não aos immoveis das Corporações de mão-morta. Se ao Podêr Legislativo compete exclusivamente concedêr licença á essas Corporações para adquirir bens de raiz, só á esse Podêr compete concedêr licença, para que taes bens sejão alienados.

Os Juizes da 1ª Instancia devem concedêr licença para serem vendidos, ou trocados, os immoveis dotaes nos seguintes casos :

1.° Se de commum accôrdo o marido e a molhér quizerem dotar suas filhas communs :

2.° Se no contracto de casamento houve estipulação de os immoveis dotaes serem alienados á arbitrio dos conjuges, ou em determinadas circumstancias, uma vêz que estas se-verifiquem :

3.° Em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos para subsistencia da familia e despezas inevitaveis :

4.° Para pagar-se dividas da molhér anteriôres ao casamento, que não possão ser pagas por outros bens :

5.° Para conservação, e reparos indispensaveis, de outro immmovel, ou immoveis dotaes :

6.° Quando se-acharem indivisos com terceiros, e sua divisão fôr impossivel, ou prejudicial :

7.° Quando estiverem situados em logar distante do domicilio conjugal, e fôr manifesta a conveniencia de vendê-los.

A licença não se-faz necessaria :

1.° No caso de desapropriação por necessidade, ou utilidade publica :

2.° Quando a molhér fôr commerciante, devidamente autorisada pelo marido — Cod. do Com. Art. 27 —.

(104) Ord. L. 2° T. 24. As sagradas Imagens, ornamentos, e mais objectos, do Altar, não se-vendem em hasta publica, mas só por convenção particular. Entretanto penhorão-se no caso da Lei de 22 de Fevereiro de 1779, e Art. 530 § 1° do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

§ 6.° Bens, cuja alienação se-prohibio, ou restringio, por convenção, ou disposição testamentaria, nos termos dos Arts. 553 e 554 (105):

§ 7.° Bens penhorados nas execuções, quando seu valôr excedêr o dôbro da divida (106); menos nas execuções da Fazenda Publica (107):

§ 8.° Os dé que trata o Art. 48, executados separadamente; e desmembrados das fabricas, de que são partes integrantes (108).

---

(105) Ord. L. 4° T. 11 §§ 1° e 2°.
Estas prohibições de alienar não podem ir até o ponto de vincular bens. Vid. Not. ao Art. 73.
Nunca podem sêr offensivas ás legitimas dos herdeiros necessarios.
Assim como é livre vendêr escravos com a clausula de não serem libertados. (Not. ao Art. 550), tambem é possivel deixa-los em testamento com essa mesma clausula.—L. 9ª § 2° Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 9ª Dig. *de manumis.*

3ª. ED.

« A Ord. L. 4° T. 11 § 1° (Rebouças Observ. pags. 113 e 114) dá bem á vêr,, que não autorisa a clausula de não podêr o comprador libertar o escravo comprado, nem o legatario o escravo legado. »
Concordo. A citada legislação romana sacrificou a liberdade ao rigor logico, reputo-a condemnada pela *bôa razão* da Lei de 18 de Agosto de 1769; e tanto mais agora depois da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, e do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, que permittirão aos escravos libertar-se *invito domino*.
(106) Lei de 20 de Junho de 1774 § 24, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564.
(107) Istrucç. de 31 de Janeiro de 1851 Art. 21.
Menos tambem nas execuções por dividas hypothecarias. « Os immoveis hypothecados (Art. 14 § 1· da novissima Lei) podem ser arrematados ou adjudicados, qualquer que seja o seu valor, e a importancia da divida. »
(108) Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 2·, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Art. 587. No caso do § 7° do Art. antecedente os credôres serão pagos pelos rendimentos desses bens, que não podem sêr arrematados em razão de excedêr seu valôr ao dôbro das dividas (109): (Art. 832)

Art. 588. Não procede este beneficio:

§ 1.° Quando o devedôr executado tem outras dividas, que accumuladas excedem metade do valôr da propriedade penhorada (110):

§ 2.° Quando o proprio devedor a-nomeou á penhora, tendo outros bens de menor valôr (111).

Art. 589. O beneficio do § 8° do citado Art. póde sêr renunciado por convenção especial entre o devedor e o credor, sendo a divida daquellas, que envolvem hypotheca legal (112).

O Av. n. 124 de 23 de Dezembro de 1844 declara, que não se póde fazêr no Imperio arrematação de bens existentes em paiz estrangeiro, pois que não estão sujeitos ás leis do Brazil e á jurisdicção de suas Autoridades.
« Fica derogado (Art. 14 § 2° da novissima Lei hypothecaria) o privilegio das fabricas de assucar e mineração, do qual trata a Lei de 30 de Agosto de 1833. » Parece que esta derogação é feita unicamente á beneficio dos creditos hypothecarios. Tratando-se portanto da execução por dividas não hypothecarias, o executado póde invocar o privilegio da citada Lei de 30 de Agosto de 1833.
(109) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 24 e 25, cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564.
(110) Alv. de 6 de Julho de 1807 § 3° cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 554 § 1°. Porém o modo pratico acha-se estabelecido no § 3° do Alv. de 21 de Janeiro de 1809 nos termos seguintes:—Os outros credores devem ter tambem execução apparelhada, e penhoras feitas; e devem por meio de cessão, ou de qualquer outro contracto legal, unir seus creditos e execuções á execução principal; de fórma que se possa considerar, como uma só divida.
(111) Cit. Alv. de 6 de Julho de 1807 § 4°, cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564 § 2.°
(112) Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 3°. Este beneficio não é transcendente das leis geraes das execuções, guarda so-

Art. 590. Todas as compras, e vendas, de bens de raiz, allodiaes, ou foreiros (113), de que não se houvér pago a respectiva siza, serão nullas (114); ou as-fação por escriptura publica,

---

mente a integridade da propriedade com tudo aquillo, que realmente constitue suas partes integrantes. O antigo privilegio dos senhôres de engenhos, de que nem era isenta a Fazenda Nacional pelo Alv. de 5 de Maio de 1814, cessou com a disposição do Art. 1° da cit. Lei de 30 de Agosto de 1833. Vid. Not. ao Art. 48.

(113) Decis. n. 251 de 19 de Novembro de 1853. Trata-se da venda de bens emphyteuticos, e não dos aforamentos; se bem que em um e outro caso se-dá *alienação do dominio util*. Os aforamentos—*alienação primitiva desse dominio*—pägão sello proporcional (somente um), avaliando-se para esse fim na somma de vinte annos do fôro. Ordem n. 70 de 26 de Agosto de 1844, e Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 8°.

Apezar dessa *alienação primitiva*, ainda fica o senhorio com o dominio directo; entretanto que a alienação é completa, quando è feita pelo emphyteuta.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 2°—Comprehenda-se a *siza dos bens de raiz* no imposto sob a denominação de—*transmissão de propriedade*—.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1°—A *siza dos bens de raiz* fica substituida pelo imposto de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19) :—Art. 3° n. 3° :—E' devido este imposto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas de *bens immoveis*.

(114) Ord. L. 1° T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8°.

A siza da venda de bens de raiz é hoje de 6 °/₀ sobre o preço do contracto, pagos á vista—Lei de 28 de Outubro de 1848 Art. 9° § 22.

Dos contractos anteriôres á esta Lei pagava-se na razão de 10 °/₀, e á prazos por letras—Alv. de 2 de Outubro de 1811, Regul. do 1° de Setembro de 1836 Art. 3°, Ord. de 7 de Fevereiro de 1849, e n. 135 de 12 de Abril de 1851.

ou por escripto particular; guardada a disposição do Art. 367 § 5° (115).

Tambem se-paga siza (meia siza) da compra e venda de escravos ladinos, na razão de quarenta mil réis por cada escravo, por qualquer modo que seja vendido, permutado, adjudicado, arrematado, dado ou cedido em solução de duvida, ou alienado em virtude de renuncia, e qualquer outra transacção equivalente á compra e venda ou troca—Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 1°, que alterou a legislação anteriôr do Alv. de 3 de Junho de 1809 § 2°, e Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842 Art. 15. Nas Provincias é renda provincial, na Côrte e seu Municipio é renda geral—Leis de Orçamento de 1832, 1835, e 1836. De tempo anteriôr á 1832 era renda geral, de 1832 á 1836 era renda geral por metade, do 1° de Julho de 1836 em diante tornou-se renda provincial por inteiro—Av. n. 234 de 4 de Julho de 1840.

3.ª ED.

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1° n. 3° — A compra e venda de immoveis continuará á pagar 6 °/₀. (Vid. Tabs. Anns. ao cit. Regul. de 1869, e ao de n. 5581 de 31 de Março de 1874)

Sobre a *meia siza* de escravos Vid. Not. ao Art. 593 *infra*.

Sobre a *nullidade por falta de siza* os citados Reguls. de 1869 e 1874 guardão silencio, como sancção pertinente ao Direito Civil em consorcio com o Direito Fiscal. Tal sancção annultoria continúa, e, pela regra « *subrogatur sapit naturam ejus, in cujus locum subrogatur* », com textensão á todos os casos de transmissão de immoveis por actos equivalentes á compra e venda.

Cit. Regul. de 1869 Art. 13 —O pagamento do imposto na transmissão *inter vivos* effectuar-se-ha antes de celebrado o acto, que a-opéra, mediante guia dada pelos Tabelliães, ou Escrivães, outros Officiaes Publicos, ou escripta pelas partes interessadas. .

Cit. Regul. de 1874 Art. 33 —A mesma disposição do de 1869 Art. 13.

(115) Decis. n. 106 de 30 de Outubro de 1844, e n. 219 de 26 de Agosto de 1851, que rectificárão a erronea doutrina do Off. de 23 de Setembro de 1835. As escripturas publicas não são da essencia dos conctratos, que pägão siza, e somente seexigem para prova em Juizo. Foi esse Off., que declarou

Art. 591. As proprias partes contractantes, ou seus herdeiros, as-podem annullar em qualquer tempo, e havêr os rendimentos dos bens dêsde a época dos contractos (116).

---

estar sem vigôr o Alv. de 30 de Outubro de 1793 sobre a taxa no Brazil da prova por escriptura publica. Veja-se a Not. ao Art. 368. Mas hoje cumpre harmonisar as disposições anteriores com a Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11, e Circ. n. 49 de 22 de Janeiro de 1856.

Todavia, ainda que a venda tenha sido feita por escripto particular, deve-se cobrar a siza, por não competir, na conformidade da Ord. n. 138 do 1° de Outubro de 1847, aos Empregados Fiscaes discutir a validade do titulo de transferencia de propriedade, quando as partes á elles se-dirigem para o pagamento da siza—Ord. n. 235 de 30 de Julho de 1859. Doutrina opposta resultava do Av. n. 409 de 16 de Dezembro de 1856.

A escriptura publica é da substancia de todo e qualquer conctrato de compra e venda, troca, e dação *in solutum*, de escravos, cujo valôr ou preço excedêr de 200$000 réis, qualquer que seja o lugar, em que taes conctratos se-fação—Cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3°. Estes conctratos, quando o valôr ou preço dos escravos não excedêr de 200$000 réis, poderão ser feitos por escripto particular, assignado pelos contrahentes, e por duas testemunhas etc.—Cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 4°.

3.ª ED.

Ord. n. 523 de 18 de Novembro de 1865—Quanto á compra e venda de bens de raiz por *escripturas particulares*, a Ord. n. 409 de 16 de Dezembro de 1856 não está revogada pela de n. 235 de 30 de Julho de 1858, podendo continuar ambas em vigôr sem choque de disposições.

(116) Cit. Ord. L. 1° T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8°. Pela redacção destas Leis não se-póde sabêr, qual seja a natureza da acção para desfazêr as vendas por falta de pagamento da siza. Em relação ás partes, o contracto não é nullo sem o julgamento da nullidade; e assim se-tem entendido. *Quid*, em relação á Fazenda Nacional? Quaes os effeitos da omissão do pagamento do imposto, ou do pagamento com simulação e diminuição do verdadeiro preço? O Alv. de 3 de

Junho de 1809 § 9° manda multar os vendedores e compradores em igual parte na pêrda do valor dos bens, e essa pena é recommendada na Ord. n. 106 de 30 de Outubro de 1844, e na Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853; dizendo-se estar em vigor o § 9° do citado Alv., emquanto nova legislação não decretar outra cousa. Não penso do mesmo modo. A simulação dos contractos, que era punida pela Ord. L. 4° T. 71, deixou de ser crime (á não envolvêr o caso do Art. 264 § 4° do Cod. Pen.); e não se-póde dizêr, que esta especie esteja comprehendida nas excepções dos Arts. 308 e 310 do mesmo Cod. Ha muitas Decisões, e Ordens, que só mandão cobrar a siza, e nada mais. Temos o simile do Art 88 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850, que impropriamente applicou as penas do contrabando. Veja-se o Art. 358 e sua Nota. Não bastarião as multas? Foi o que seguio, quanto á meia siza dos escravos, o Art. 18 do Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842.

Quanto á siza da venda de bens de raiz estão hoje desvanecidas as duvidas, porque a multa do Alv. de 3 de Junho de 1809 § 9° foi substituida pela de 10 á 30 °/₀ do valor da cousa vendida, repartidamente entre o comprador e vendedor —Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857 Art. 12. Tem logar as denuncias civeis por fraude contra o imposto—Man. do Proc. dos Feitos § 538.

Quanto á meia siza da venda de escravos, o cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 8° estabelece a mesma multa de 10 á 30 °/₀ do valor do escravo vendido, tambem repartidamente entre o vendedor e comprador. Sobre as denuncias neste caso vaja-se o Art. 11 do cit. Decr. de 28 de Novembro de 1860.

« Dizendo a Ord. L. 1° T. 78 § 14 (Rebouças Observ. á este Art.), e o Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8°, que as proprias partes contractantes, ou seus herdeiros, podem annullar as vendas, e havêr os rendimentos dos bens dêsde a época dos contractos, deixaria porventura de ter dito qual seja a natureza da acção para assim sêr julgado? Póde alguem duvidar, de que seja a mesma acção, que para se-julgar nulla qualquer outra convenção, etc.? A acção bem se-vê, que é de nullidade do contracto, e reivindicação do seu objecto: com os rendimentos dêsde o tempo, em que o contracto foi feito. »

Concordo com esta censura, quero dizêr, em que a nullidade da compra e venda por falta de pagamento da siza demanda-se por acção ordinaria, como em qualquer caso de nullidade dos contractos por outros motivos.

Art. 592. Além da nullidade das escripturas, serão responsaveis e punidos os Tabelliães e Escrivães, que as-fizerem, sem nellas incorporarem de *verbo ad verbum* os competentes conhecimentos da siza (117).

3.ª ED.

Ord. n. 409 de 16 de Dezembro de 1856 — Sobre a denuncia civil, de que trata o § 9º do Alv. de 3 de Junho de 1809.

Cit. Regul. de 1869 Art. 15 § 3º— No caso de denuncia por sonegação do imposto, os interessados deverão justificar o facto em Juizo, exibindo depois os documentos necessarios perante a Autoridade Administrativa competente, que procederá como de Direito fôr.

Ord. n. 425 de 27 de Setembro de 1869— Dois casos de sonegação de siza, declarando não sêr exigivel a siza no primeiro caso, e sêr exigivel no segundo caso com a multa de 10 °/ₒ.

Cit. Regul. de 1874 Art. 37— Repete a mesma disposição do de 1869 Art. 15 § 3º.

Cit. Regul. de 1874 Art. 42 — A defraudação do imposto será punida com a multa de 10 °/ₒ à 30 °/ₒ do valôr dos bens, repartidamente entre o compradôr e o vendedôr, e nos mais casos entre os interessados, que tenhão concorrido para a fraude.

(117) Ord. L. 1º T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8º.

Os Tabelliães, que tem de passar as escripturas, dão bilhetes ou guias, e esses bilhetes apresentão-se na Estação competente para o pagamento da siza—Regul. de 26 de Março de 1833 Art 42 § 1º. As escripturas sujeitas ao pagamento da siza dos bens de raiz são isentas do sello proporcional—Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 23 § 2º.

Os conhecimentos da siza tambem devem ser insertos *de verbo ad verbum* nas cartas de arrematação, e de adjudicação —Decr. n. 1569 de 3 de Março de 1855 Arts. 124 § 7º, e 125.

O mesmo dispôz o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 6º § 2º sobre os conhecimentos da meia siza de venda de escravos, o que se-acha alterado pelas Leis n. 1149 de 21 de Setembro de 1861 Art. 1º § 2º n. 3º, e n. 2833 de 12 de Outubro de 1861 Art. 2º, as quaes dispensão a tran-

Art. 593. Os bens, de cujas vendas se-deve pagar siza, são (118):

---

scripção por extenso dos conhecimentos da meia siza, mandando somente declarar seu numero, data, quantia, e estação arrecadadôra.

O escripto particular translativo de immoveis (Art. 8º § 2º da novissima Lei hypothecaria) não poderá ser transcripto no Registro Geral, se não constar o conhecimento da siza.

3.ª ED.

Avisos n. 301 de 30 de Junho, e n. 441 de 4 de Outubro, de 1869—A isenção do sello proporcional (Lei n. 1507 Art. 19 §§ 1º e 2º), nos casos de pagamento de meia siza dos escravos, só é applicavel ao Municipio da Côrte, onde esse impôsto pertence á renda geral com a nova denominação de impôsto de transmissão de propriedade.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 1º—São isentos do sello proporcional os titulos de actos, e contractos, sujeitos ao impôsto de transmissão de propriedade, salvo se contiverem estipulações independentes; de sorte que, por si sós, constituão outros contractos sujeitos á sello (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 2º).

Reguls. citados, de 1869 Art. 16, e de 1874 Art. 38 —Os Tabelliães e Escrivães, que tiverem de lavrar instrumentos, termos, ou escripturas, de contractos, ou actos judiciaes; ou de extrahir instrumentos, que por qualquer modo effectuem, ou venhão á effectuar, transmissão de propriedade ou usufructo, sujeita ao impôsto, exigirão prova do pagamento deste.

§ Unico :—O conhecimento do impôsto será trancripto *litteralmente* na escriptura, termo de convenção, ou instrumento.

Vid. mais Arts. 17, e 18 do cit. Regul. de 1869; Arts. 39 40, e 41, do cit. Regul. de 1874.

3.ª ED.

(118) Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 3º—Comprehende-se no impôsto de transmissão de propriedade a *meia siza e sello da venda dos escravos.*

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 9º—O impôsto da compra e venda de *escravos*, e actos equivalentes, será cobrado o Municipio da Côrte na razão de 2 °/ₒ.

Cit. Regul. de 1869 Art. 1°—*A meia siza dos escravos* fica substituida pelo impôsto de transmissão de propriedade.

Cit. Regul. de 1869 Art. 3° n 5°—E' devido o impôsto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas, e actos equivalentes, de *escravos*.

Cit. Regul. de 1869 Art. 9°—Nas transmissões simultaneas de immoveis e moveis, ainda quando estes se não repútem immoveis por Direito, o impôsto será cobrado na razão da taxa dos bens de raiz sobre o valôr, ou preço total :

§ Un. Exceptua-se :

1.° Os contractos, e actos, em que se estipular designadamente preço para os moveis :

2.° Os contractos, e actos, que comprehendêrem *escravos*, devendo pagar-se destes, em todo o caso, o *impôsto de transmissão de escravos*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 4°—E' devido o impôsto das compras e vendas, e actos equivalentes, de *escravos* no Municipio da Côrte.

Cit. Regul. de 1874 Art. 17—Repete a mesma disposição do de 1869 Art. 9° com estes dois additamentos :

Quando na transmissão se-comprehendêrem *navios*, será observada a mesma regra, cobrando-se a taxa de maior valôr :

Estão comprehendidos (§ 2°) na disposição deste Art. os contractos de compra e venda de direito, e acção, de *heranças*.

Cit. Regul. de 1869 Art. 5° n. 4°—São sujeitos ao imposto de transmissão os *direitos, e acções*, relativos aos bens, de que tratão os numeros antecedentes.

Cit. Regul. de 1871 Art. 14 n. 5°—Repete a mesma disposição á cima do de 1869 Art. 5° n. 4°.

O Regul. de 1871 no Art. 14, legislando em relação *á transmissão* INTER VIVOS ; e nos seus ns. 2°, 3°, e 4°, mencionando só *immoveis, embarcações*, e escravos no Municipio da Côrte ; comprehendeu unicamente no n. 4° direitos e acções concernentes á taes bens, unicos tratados nos numeros antecedentes. Seu defeito se-reduz á não guardar a epigraphe do seu Cap. 4°, dizendo—*direitos e acções*—, em vêz de—*cessões de direitos e acções*— ; o que abrange as cessões de direitos, e acções, de heranças e legados, mas só quanto aos bens designados.

Mas o Regul. de 1869 no Art. 5°, legislando em relação *á bens* ; e nos seus ns. 1°, 2°, e 3°, mencionando tudo, á sabêr, immoveis, moveis, semoventes, apolices da divida public interna, titulos da divida pública estrangeira, acções de companhias, e dividas activas ; faria entendêr no seu n. 4° estarem sujeitos ao imposto todas as cessões de direitos e acções, concernentes á todos esses bens tratados nos numeros antecedentes. No seu ponto de vista—*bens*—, isto é verdade quanto ao imposto de heranças e legados, e tambem quanto ás transmissões simultaneas do seu Art. 9° ; porém não será confundir o assumpto, suscitando vexatorias consequencias, congregar impostos, embora sobre a transmissão de propriedade, dos quaes, uma classe, attende á *heranças e legados*, e a outra classe á *certos bens transmittidos ?*

Ainda assim, não obstante as correcções do Regul. de 1874, já no citado Art. 14, já no Art. 2°, enumerando só para as *transmissões* CAUSA MORTIS, immoveis, moveis, semoventes, apolices da divida publica interna, titulos de divida publica estrangeira, acções de companhias, e dividas activas ; o assumpto mostra-se não pouco enredado, e defficiente.

A Lei de 1867 Art. 19 § 1° n. 8°, e o Regul. de 1869 Art. 3° n. 8°, e o de 1874 Art. 14 n. 8°, incluirão no imposto a *cessão de privilegios*.

A Lei de 1867 Art. 19 § 1° n. 9°, e o Regul. de 1869 Art. 3° n. 9°, incluirão tambem no imposto a arrematação, adjudicação, e venda em leilão, de bens não sujeitos á siza, ainda mesmo sendo de massas fallidas ; entretanto que, sobre todos estes casos, é mudo o Regul. de 1874.

Mas este Regul. de 1874 Art. 17 § 2° falla dos contractos de compra e venda de direito e acção de heranças, sobre os quaes não quiz fallar o Regul. de 1869 ; e tambem no Art. 21 falla de cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, com referencia ao Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869.

A Lei de 1867 Art. 19 n. 2° só fallou de *bens de raiz* em relação á *siza*, o Art. 19 § 1° n. 3° só fallou de immoveis em relação á compra e venda, e actos equivalentes ; como dando á percebêr, que só incluia *immoveis por sua natureza*, allodiaes ou foreiros ; entretanto que o Regul. de 1874 no Art. 15 adoptou a classificação francêza consolidada nos Arts. *supra* 44, 45, 46, e 47 ; e dahi uma turba de questões, porque ficão de fóra os immoveis do Art. 43 *supra*, e porque no Art. 47 *supra* não vêm todos os direitos reaes *in re aliena*. Basta confrontal-o com o Art. 6° da nossa Lei Hypothecaria de 1864.

O Regul. de 1869 Art. 3° n. 11, e o de 1874 Art. 14 n. 10, mettêrão no imposto todos os actos e contractos translativos de immoveis sujeitos á *transcripção* em conformidade da le-

gislação hypothecaria; o de 1874, com a sua escala de immoveis do Art. 15; e o de 1869, sem essa escala; mas vejão, que a Lei Hypothecaria no Art. 6° § 2°, e Art. 7°, quanto á *onus reaes*, só mandou transcrevêr a *constituição* delles por actos *inter vivos*, e não a *cessão* delles. Parece facultativa a disposição do Art. 8° § 3° dessa Lei Hypothecaria.

Em remate, as cessões de direitos podem sêr de *direitos simplesmente creditorios*, ou de *direitos reaes*.

E nessas duas castas de cessão, quaes as submettidas ao imposto de transmissão de propriedade?

Cit. Regul. de 1869 Art. 7°, e de 1874 Art. 25 — A liquidação do preço dos bens, quando este não podér ser calculado á vista dos titulos de acquisição, ou das declarações da parte, ou havendo fundada suspeita de fraude, regular-se-ha pelas disposições seguintes:

O valôr dos *bens livres*, em geral, (n. 1°) será arbitrado por peritos:

Do *dominio directo* (n. 3°), o de 20 fóros, e um laudemio.

Dos *bens emphyteuticos* (n. 4°), o do predio livre, deduzindo o do dominio directo:

Dos *bens subemphyteuticos* (n. 4.) esse mesmo valor, deduzidas 20 pensões subemphyteuticas, e equivalentes ao dominio do emphyteuta principal:

Do *usufructo vitalicio* (n. 5°), o producto do rendimento de um anno multiplicado por 5:

Do *usufructo temporario* (n. 5°), o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos, quantos fôrem os do usufructo, nunca excedendo de 5:

Da *núa-propriedade* (n. 6°), o producto do rendimento de um anno multiplicado por 10:

Das *pensões vitalicias* (n. 7°), o producto da pensão de um anno multiplicado por 5:

Das *acções de companhias*, e dos *titulos da divida publica* (n. 8°), o médio do mercado.

São estas literalmente as disposições do Regul. de 1874 Art. 25, menos sobre o valor da *constituição de emphyteuse e subemphyteuse* (n. 2°), que pertence á Not. do Art. 606 *infra*.

Preferi a redacção do Regul. de 1874 Art. 25 á do Regul. de 1869 Art. 7°, porque, além de variantes no de 1874 (que pela posterioridade considero revogatorias), ha um caso supprimido, e de gravissima duvida.

§ 1.° Todos os immoveis designados nos Arts. 45, 46, e 47 (119), uma vêz que sejão situados no Brazil (120):

As variantes são: no *usufructo vitalicio* multiplicação por 5, em vêz de multiplicação por 10; no *usufructo temporario* limite de 5, em vêz de limite de 10; na *núa-propriedade* multiplicação por 10, em vez de multiplicação por 20, com deducção do valor do usufructo; na *pensões vitalicias* multiplicação por 5, em vêz de multplicçaão por 10.

O caso supprimido é o do n. 4° Art. 7° do Regul. de 1869, onde-se diz, que o valor da *posse* será de metade do valôr da *propriedade*. Qual o alcance deste caso? O imposto tambem cahe sobre a *transmissão da posse*, como se a posse fôra propriedade putativa ou presumida? Se cahe sobre a *posse*, não é contradicção patente ter salvado o direito de restituição do imposto no caso de *reivindicação*; como vê-se no Regul. de 1869 Art. 10 § Un., e no de 1874 Art. 18 § Un.? Referir-se-ha tal salvaterio só ao caso singular da *transmissão secreta* dos citados Arts. 10 e 18? E se não, porque não salvou-se a *reivindicação* em seu leito proprio, que é o da *restituição do imposto* no Art. 14 do Regul. de 1869, e Art. 34 do Regul. de 1874? Vid. Nots. 123 ao Art. 595, e 145 ao Art. 602 § 1°.

(119) Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Art. 5°, Decis. n. 143 de 4 de Outubro de 1847. O gado, e bens moveis, não estando reunidos aos bens de raiz no acto da venda, ou na arrematação destes, não estão sujeitos á siza — Decis. n. 285 de 6 de Dezembro de 1851. As compras de heranças, consistentes em bens de raiz, págão siza — Port. de 6 de Julho de 1836, Ord. n. 266 de 10 de Novembro de 1851. Quando o valor da herança não é conhecido ao tempo dos contractos, a somma destes averba-se nas Estações Fiscaes, cobrando-se depois o imposto quando se verificar a entrega dos bens — Decis. n. 148 de 5 de Maio de 1851.

« Taes são (Man. do Procur. dos Feitos Not. 1090) o usufructo de immoveis, as servidões, e acções para reivindicar immoveis; e portanto é devida a siza da cessão de bemfeitorias da propriedade immovel beneficiada. » Á tal respeito attenda-se ás observações *infra* na Not. ao Art. 651.

3.ª ED.

Regul. cit. de 1874 Art. 15 — Repete resumidamente o disposto nos Arts. 44, 45, 46, e 47, *supra* Consol., citando a respectiva legislação.

Dahi as seguintes duvidas no alvo desse Art. 15:

São *immoveis* os bens á elles equiparados no Art. 43 Consolid?

São *immoveis* o *usufructo sobre immoveis* em sua constituição e cessão, e as *servidões* em sua constituição (Art. 47 Consolid.)?

São *immoveis* as *acções reaes sobre immoveis*, como as *reivindicatorias de immoveis* (Art. 47 Consolid.)?

São *immoveis* o *uso sobre immoveis*, e a *habitação*, em suas respectivas constituições (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 6°)?

São *immoveis*, em suas constituições e cessões, a hypotheca, e a *antichrese* (Cit. Lei de 1864 Arts. 4° e 6°)?

E' *immovel*, quando cedido, o fôro (Cit. Lei de 1864 Art. 6°)?

São *immoveis* as *heranças*, quando cedidas, ainda que immoveis não contenhão, para que o Regul. de 1874 Art. 17 § 2° as-comprehendesse no impôsto?

São *immoveis* as *bemfeitorias em terrenos arrendados*, para que tambem as-comprehendesse no imposto o Regul. de 1874 Art. 21, não havendo na cessão dellas algum direito real?

São *immoveis* a *propriedade litteraria*, e *artistica*, para que o mesmo Regul. de 1874 Art 23 n. 12 tivesse a cautela de isental-as do imposto?

São *immoveis* as *renuncias onerosas*, contempladas no mesmo Regul. de 1874 Art. 24 n. 9°, ainda que não se-refirão á immoveis?

(120) Decis. n. 61 de 26 de Junho de 1850, e n. 259 de 29 de Outubro de 1851. Não são excluidas as compras de heranças feitas em paiz estrangeiro, e paga-se a siza, quando se-apresentão as escripturas para se-pedêr havêr os bens comprados. Tendo sido as heranças arrecadadas e arrematadas, os compradôres competentemente habilitados pagão siza correspondente aos valores dos bens pelas avaliações dos inventarios; salvo o caso de se-acharem especificadamente designados os preços dos bens nas escripturas de compra; porque em tal caso, a siza é cobrada na proporção desses preços—Cit. Decis. n. 259 de 29 de Outubro de 1851.

3.ª ED.

Situados no Brazil:—O cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 2° assim o-exige, sendo *immoveis* os bens. O anteriôr Regul. de 1869 Art. 5° n. 1° diz:—São sujeitos ao imposto de transmissão os bens immoveis, moveis, e semoventes, *situados ou existentes no Imperio*. Isto é verdade, mas com o perigo de falsa interpretação *a contrario sensu* em damno da regra do Direito Internacional Privado—*mobilia sequuntur personam*—.

§ 2.° Os navios, e as embarcações, de qualquer lote; com reserva unicamente das jangadas, e barcos de pescaria (121).

(121) Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4°, Reg. de 30 de Maio de 1836 Art. 84, Av. n. 173 de 30 de Julho de 1853. Esta siza é de 5 °/₀, mas quando as embarcações são estrangeiras, e passão á sêr nacionaes, paga-se 15 °/₀ do seu valôr—Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 11, Lei de 8 de Outubro de 1833 Art. 31 § 5°, Ordem de 31 de Agosto de 1833, Regul. de 30 de Maio de 1836 Art. 86, Av de 20 de Fevereiro de 1837, Av. n. 160 de 31 de Dezembro de 1846, e Av. n. 339 de 17 de Outubro de 1856.

3.ª ED.

Regul. das Alfandegas, no Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, Art. 671—De toda a tranferencia de dominio de *embarcação* etc. arrecadar-se-ha o imposto de 5 °/₀ sobre o prêço da compra e venda: § Un. Exceptuão-se as transferencias: 1°, das canôas, jangadas, e barcos de pescaria, emquanto applicados á este emprego; 2°, dos escaleres, e outras embarcações miúdas, que fôrem importadas do estrangeiro, ou que pertencendo á embarcações estrangeiras, fôrem por qualquer motivo desligadas do seu serviço, e tivérem qualquer outra applicação.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 672—Quando a *embarcação nacional* fôr vendida em paiz estrangeiro, a meia siza será paga ao Agente Consular Brazileiro ahi residente, e remettida por elle ao Thesouro Nacional.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 4° — Comprehendem-se no imposto de transmissão de propriedade os direitos e sello de venda de *embarcações*, nacionaes ou estrangeiras.

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1° n. 6°—Os impostos de 5 a 15 °/₀ sobre as vendas de *embarcações*, e actos equivalentes, ficão reduzidos em todo o caso á 5 °/₀.

Cit. Regul. de 1869 Art. 1°—O imposto de venda de *embarcações*, nacionaes e estrangeiras, fica substituido pelo de transmissão de propriedade.

Art. 594. E' applicavel á siza das compras e vendas das embarcações o que já se-acha dispôsto sobre a nullidade dos contractos, e responsabilidade dos Tabelliães, que lançarem as escripturas (122).

Cit. Regul. de 1869 Art. 3° n. 4° —E' devido o imposto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas, e actos equivalentes, de *embarcações*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 3° —A mesma disposição do de 1869 Art. 3° n. 4°.

Cit. Regul. de 1874 Art. 17 —Quando na transmissão se-comprehenderem *navios*, cobrar-se-ha a taxa do maiór valôr.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 8° —São isentos do imposto as compras de *jangadas*, e *barcos de pescaria nacionaes* (Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4°).

Nem o Alv. de 1812 § 4°, nem o Regul. das Alf. de 1860, distinguem entre barcos de pescaria nacionaes, e estrangeiros. Dizendo agora o Regul. de 1874 Art. 23 n. 8°—*nacionaes*—, págão imposto as compras de barcos de pescaria *estrangeiros* —*inclusio unius exclusio alterius*—.

(122) Ord. L. 1° T. 78 § 14 *in fin.*, cit. Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4°. Quanto ás vendas de embarcacões estrangeiras, os Tabelliães tem mais a obrigação e responsabilidade do Art. 6° do Decr. n. 481 de 24 de Outubro de 1846, isto é, não devem passar as escripturas, sem que se-lhes-apresente autorisação do Agente Consular respectivo, ou despacho da Autoridade Civil, com a competente verba do pagamento do imposto.

3.ª ED.

Regul. das Alfandegas no Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860 Art. 673 —São *nullos* todos os contractos de translação do dominio de *embarcações*, se não constar dos escriptos, ou escripturas, o respectivo pagamento do imposto. Os Tabelliães, que interviérem em taes contractos, incorrerão nas penas do § 8° do Alv. de 3 de Junho de 1809, e as partes contractantes nas do Art. 12 da Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857.

Persiste a disposição do nosso Art. 594, não havendo alteração, explicita ou implicita, em a nova legislação sobre o imposto de transmissão de propriedade.

Art. 595. Equipárão-se ás compras e vendas, para o pagamento da siza (123) :

3.ª ED.

(123) Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 11—Todos os actos translativos de immoveis sujeitos á *transcripção*, para que possão valêr contra terceiros, pagarão, além dos impostos que devidos fôrem, 1/10 %.

Cit. Regul. de 1871 Art. 14 ns. 2 e 10—Equiparão-se ás compras e vendas para o pagamento do imposto de transmissão, como substitutivo da *siza* :

Os actos equivalentes á compras, e vendas, de bens immoveis situados no Imperio :

Todos os contractos translativos de immoveis, sujeitos á *transcripção* em conformidade da legislação hypothecaria. (Regul. de 1869 Art. 3° n. 3.)

Cit. Regul. de 1869 Art. 10—Das *transmissões secretas* de bens por titulo oneroso cobrar-se-ha o imposto, quando os bens fôrem escriptos nos arrolamentos da decima urbana, Geral e Provincial, e de outros impostos, ou alugados e arrendados pelo novo possuidôr; ou quando este praticar actos relativos á sua propriedade, ou usufructo.

Cit. Regul. de 1874 Art. 18—Igual disposição á do de 1869 Art. 10, com referencia á Ord. n. 283 de 10 de Outubro de 1835.

Sepultem-se no esquecimento essas *transmissões secretas*, em contradicção hoje com a *publicidade* do regime hypothecario da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6° n. 3°—Para o pagamento do impôsto o valôr dos bens transmittidos será, nas *compras e vendas*, o preço dos contractos; quer consista em dinheiro, quer em acções de companhias, ou titulos de divida publica.

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 3°—Repete a mesma disposição á cima do de 1869 Art. 6° n. 3°.

§ 1.° Ás arrematações, e adjudicações (124), sem exceptuar as vendas de embarcações condemnadas por innavegaveis (125):

---

(124) Alv. de 3 de Junho de 1809 § 9°, Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Arts 1° e 3°, Ord. n. 47 de 21 de Março de 1848, Av. n. 135 de 12 de Abril de 1851. A siza deve ser paga com relação ao preço da adjudicação, e não da avaliação—Av. n. 235 de 26 de Setembro de 1851.

A novissima Lei hypothecaria Art. 13 § 12 tem isentado da siza as arrematações e adjudicações de immoveis para pagamento das sociedades de credito hypothecario.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6° n. 4°— Para o pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos será, nas *arrematações* e *adjudicações*, o preço da arrematação ou da adjudicação.
Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 4° :— A mesma disposição á cima do de 1869 Art. 6° n. 4°.
Sobre o segundo periodo da Not. *supra* da 2ª Ed. veja-se a Not. 132 ao Art. 596 *infra*.

(125) Ords. n. 98 de 30 de Novembro de 1843, e de 23 de Janeiro de 1855. Sem exceptuar as vendas de embarcações para sêrem desmanchadas—Av. de 17 de Outubro de 1856. Ou por apprehendidas como empregadas em trafico de Africanos—Av. n. 374 de 12 de Novembro de 1856. Ou por apprehendidas em contrabando, ou por incorrêrem em penas—Man. do Procur. dos Feitos § 553 n. 3°.

3.ª ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 681 — A embarcação, nacional ou estrangeira, ou seu casco, condemnada por *innavegavel*, ou reputada como inutilisada, e vendida com todas as suas pertenças, ou sem ellas, por junto ou em lotes, ainda que para ser desmanchada, está sujeita ao imposto: § Un. As embarcações estrangeiras em iguaes circumstancias unicamente ficaráõ sujeitas á direitos de consumo, quando antes da sua venda fôrem effectivamente desmanchadas, e as suas partes, pertenças, ou material vendido por junto ou em lotes.

§ 2.° As trocas de bens de raiz por outros bens de raiz, de que se-paga siza da differença dos valôres permutados (126),

---

Av. n. 148 de 13 de Março de 1869 — As embarcações, cujo dominio se-transfere, ainda que por arrematação em hasta publica, para serem desmanchadas, e seja qual fôr a sua origem, nacionalidêde, denominação, lotação, ou emprego, estão sujeitas ao imposto da transmissão de propriedade.

Vigorão estas disposições, não havendo correlativa isenção do imposto, nem no Art. 4° do Regul. de 1869, nem no Art. 23 do Regul. de 1874.

(126) Lei de 31 de Outubro de 1835 Art. 9° § 9°, Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Art. 2°, Ordem n. 142 de 4 de Outubro de 1847, Av. n. 168 de 28 de Maio de 1851. Nas trocas de bens de raiz por bens moveis ou semoventes (ou de escravos por outros escravos), paga-se siza de cada um dos objectos trocados—Decis. de 16 de Janeiro de 1836.—Deve havêr avaliação judicial antes da escriptura, quando os contractantes não dérem valor ás propriedades permutadas—Ord. n. 142 de 4 de Outubro de 1847. Supposto não se-pague siza, paga-se o sello proporcional do valor de cada um dos bens trocados.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 3:—As permutações, quanto aos valores sujeitos ao sello proporcional, continuaráõ á pagar 1/10 °/..
Cit. Regul. de 1869 Art. 6° n. 7° — Para o pagamento do imposto o valor dos bens transmittidos será, nas *permutações*:
De bens da mesma especie, o de um dos valores permutados, se fôrem iguaes; ou do maior delles, se o não fôrem :
De bens de diversa especie, o valor de cada um delles.
Cit. Regul. de 1874 Art. 16—Nas *permutações* de bens da mesma especie, em igualdade de valor, pagar-se-ha o imposto na proporção somente de um dos valores permutados :
§ 1.° Da differença dos valores entre bens da mesma especie, cobrar-se-ha a taxa estabelecida para os contractos de compra e venda :
§ 2.° Quando os bens permutados fôrem de diversa especie, cobrar-se-ha a taxa correspondente á especie e ao valor de cada um delles (Ord. de 16 de Janeiro de 1836).

ainda quando a troca sêja de bens situados no Imperio por outros situados em paizes estrangeiros (127):

§ 3.° As trocas de embarcações, de que se-paga siza do valôr de cada uma dellas, como se-fossem vendidas (128):

§ 4.° As dações em pagamento, ou quando os devedôres, em consequencia de contractos de compra e venda, ou troca de bens de raiz, pagão com generos, ou cousas, que representem moeda; ou quando pagão, com bens de raiz, o que devião em dinheiro (129):

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 7—Repetição em menos palavras, e com mais clareza, do Art. 16 á cima transcripto.

(127) Ord. n. 164 de 30 de Dezembro de 1848.

3.ª ED.

Por outros situados em paizes estrangeiros:—Implicão estas palavras com os dois Reguls. citados, porque o de 1869 Art. 5° n. 1, e o de 1874 Art. 14 n. 2°, obrigão ao imposto de transmissão somente os *immoveis situados no Imperio*. O caso pede uma solução particular. Se immoveis situados fóra do Imperio não estão sujeitos á legislação do Imperio, seu valôr não serve para o calculo do *quantum* do imposto de transmissão.

(128) Ords. n. 19 de 6 de Abril de 1843, e de 17de Novembro de 1837.

3.ª ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 680:—No caso de *permuta* o imposto recahirá sobre o preço de cada uma *embarcação* em separado.

Não vigorão estas disposições, do têxto e do Regul. das Alfandegas, porque as do Regul. de 1869 Art. 6° n. 7°, e de 1874 Arts. 16 e 24 n. 7°, são genericamente applicaveis á quaesquer casos de trocas, ou permutas, ou permutações, ou escambos.

(129) Alv. de 5 de Maio de 1814, Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Art. 4°—*dare in solutum est vendere*—. A primeira das hypotheses á cima é propriamente de compra e venda, ou de troca; mas não de—*datio in solutum*—, sujeita á siza. As vendas *a retro* da Ord. L. 4° T. 4° (Art. 551) tambem pagão siza pelo Cap. 40 dos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476.—Syst. dos Regim. 1° Vol. pag. 243. E quando se-resolvem por virtude deste pacto, transmittindo-se os bens novamente para o vendedor?

Deve-se, porém, pagar nova siza, se o vendedor *a retro* remir no tempo convencionado, e voltarem os bens vendidos para seu dominio? Diz o Man. do Procur. dos Feitos § 527 n. 6, que se-deve siza da *remissão*, passado o tempo de remir. Isto se-deve entendêr, quando effectivamente tivér havido remissão. Se, passado o tempo de remir, o vendedor *a retro* não faz a remissão, a venda fica irrevogavel.

Deve-se pagar siza de transacções, ou amigaveis composições, sobre bens de raiz, ficando uma das partes com o immovel sobre que questionava?

Entendo que sim, se o immovel estava na posse da outra parte.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6° n. 5° —Para o pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos será, nas *dações* IN SOLUTUM, o da divida que fôr paga.

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 5° —Revoga a disposição á cima do de 1869 Art. 6° n. 5°, dizendo—será o dos bens dados em pagamento—.

Os casos aventados *supra* sobre as vendas *a retro* com referencia aos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476, não fôrão divididos pelos citados Reguls. do imposto de transmissão de propriedade, bem que no de 1869 se-veja transcripto em seguimento á Tabella o Cap. 6° § 4° desses Arts. das Sizas.

Reputo porém decidido o outro aventado caso de transacções sobre bens de raiz, porque entra na generalidade dos actos transmissivos de propriedade immovel.

§ 5.° As adjudicações de bens de raiz á testamenteiros e inventariantes para indemnisação de despêzas feitas com legados, e dividas passivas (130):

---

(130) Ordem n. 104 do 1° de Outubro de 1846. Ahi se-põe em duvida, se o testamenteiro póde, ou não, havêr os bens do testador á este titulo de pagamento de despezas, em face do que dispõe a Ord. L. 1° T. 62 § 7°. (Art. 585 § 4°)

O mesmo se-dá nas adjudicações em inventarios para pagamento dos credores da herança, ainda que o credor seja o proprio herdeiro necessario—Av. n. 190 de 28 de Maio de 1857. Vid. Not. ao Art. 596 § 5°.

« Essa Ord. do 1° de Outubro de 1846 nada pôz em duvida (Rebouças Observ. á este Art.) etc., e della se-deprehende, que, se ao Thesouro competisse resolvêr, sua solução seria negativa em vista do § 7° da Ord. L. 1° L. 62. »

O caso é, que o Thesouro não resolveu a duvida, decidindo todavia, que a siza devêra ser paga. Era pois de meu devêr aproveitar essa decisão, já que ella fornece um caso de pagamento do imposto, materia de que trato. Quanto ao mais aceito as observações do Sr. Rebouças. Sem duvida, quando nas partilhas se-faz adjudicação de bens á testamenteiros e inventariantes para pagamento de dividas, legados, e despezas; taes bens não passão á ser de sua propriedade, e devem ser vendidos em hasta publica. Isto é o que acontece ordinariamente. É todavia possivel, sendo maiores todos os herdeiros, que convenhão em taes adjudicações, sem dependencia de serem vendidos em hasta publica os bens adjudicados. Tal convenção em nada repugna ao § 7° da Ord. L. 1° T. 62, quando os inventariantes não fôrem testamenteiros, ou quando fôrem coherdeiros, ou viuvos meeiros. O Sr. Rebouças concede esta ultima hypothese, e ella tem por si a decisão do Av. n. 19 de 25 de Janeiro de 1854, que agora addiciono na Not. *infra* ao Art. 596 § 5°.

Tambem é possivel, sendo maiores todos os herdeiros, que convenhão com os credores da herança adjudicar-se-lhes na partilha bens para seu pagamento, sem dependencia de sêrem vendidos em hasta publica. Temos ahi dações *in solutum*, sujeitas ao pagamento da siza.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1874 Art. 19—Da adjudicação á *herdeiros* de qualquer especie, que tenhão remido, ou se-obriguem á remir, dividas do casal, aliás da herança, ou para indemnisação de legados e despezas, é devido o imposto de transmissão correspondente á compra e venda: § Un. Este Art. é applicavel aos *conjuges meeiros*, sendo no caso de remissão de dividas deduzido o imposto da metade do valor dos bens adjudicados.

§ 6.° As adjudicações de bens de raiz lançados em partilha á Fazenda Provincial para pagamento da taxa de heranças e legados (131).

Art. 596. São isentos de siza (132):

Desta disposição á cima do Regul. de 1874 Art. 19 só pertence ao texto do nosso Art. 595 § 5° a relativa aos *conjuges meeiros*. Se ella não exime os inventariantes, quando *conjuges meeiros*; não exime *a maioritate rationis* todos os outros inventariantes.

A disposição do § Un. no caso de remissão de dividas por conjuge sobrevivo meeiro, só considerou a hypothese mais frequente das dividas communs; omittindo a das dividas á cargo somente do conjuge fallecido, prevenida nos Arts. 115 e 116 *supra* Consolid., em que não cabe attendêr á metade do valor dos bens adjudicados. E não fôra mais intelligivel (*si rite intelligo*), nesse caso do § Un., ter-se dito—*cobrado o imposto de metade do valor dos bens adjudicados*—? *Deduzido o imposto*, diz esse § Un.; e póde-se entendêr pagamento em relação ao total valor dos bens adjudicados, mas á deduzir de metade desse valor. Teria sido tal a intenção regulamentaria?

(131) Av. n. 233 de 26 de Outubro de 1853. A Fazenda Provincial (se-diz) está obrigada á todos os impostos geraes, de que não é isenta expressamente por acto legislativo.

A Fazenda Provincial tambem não está isenta do pagamento da siza nas adjudicações de bens de raiz, que lhe fôrem feitas em execuções contra seus devedores—Av. n. 90 de 23 de Fevereiro de 1856, e Ord. n. 320 de 8 de Novembro de 1858.

3.ª ED.

Não vigora esta disposição do nosso Art. 595 § 6°, como não vigorão as Decisões citadas em sua Nota *supra*. Reguls. citados, de 1869 Art. 4° n. 1°, e de 1874 Art. 23 n. 1°: —São isentos do impôsto os actos translativos de bens *para as Provincias*.

(132) As rifas não autorisadas por lei não estão sujeitas á siza, mas, passando-se escriptura de venda do predio rifado, que tenha sahido em premio, a siza deve sêr paga, por não competir ás autoridades fiscaes conhecêr da nullidade dellas —Av. n. 143 de 14 de Abril de 1856.

§ 1.° As compras, que fizérem as Provincias, Camaras Municipaes, ou quaesquer Autoridades, de terrenos, ou predios, para obras, e estabelecimentos destinados á commodidade, decoração, e salubridade publica (133):

Não págão meia siza: 1°, a alforria de qualquer escravo, onerosa ou gratuita, qualquer que seja a fórma do acto, por que ella se effectue; 2°, as compras de escravos feitas pela Fazenda Nacional. E comprehendem-se nesta isenção as compras, arrematações, e adjudicações, ou outros actos realisados com a clausula de ficarem libertos os escravos dêsde logo—Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 1° §§ 1° e 2°.

Antes dessa Dec., a Ord. de 13 de Novembro de 1833, e o Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842 Art. 15 § Un., tambem isentavão do imposto da meia siza as alforrias onerosas ou gratuitas.

3.ª ED.

Ord. n. 247 de 24 de Agosto de 1858—Sobre a siza de um predio rifado.

Ord. n. 218 de 11 de Junho de 1866—Isenta da siza a transferencia de uma casa por um escravo á seu senhor em pagamento da liberdade.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4°—Serão mantidas as isenções até hoje decretadas: § Un. Enumera mais 7 casos de isenção do imposto.

Ord. n. 521 de 9 de Novembro de 1869—As vendas de terrenos nacionaes devolutos não estão sujeitas ao pagamento de direitos de transmissão.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23—Enumera 16 casos de isenção do imposto nas transmissões *inter vivos*. O 15° desses casos isenta a arrematação e adjudicação de immoveis para pagamento de sociedades de credito real (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 13 § 12, e Regul. n. 3471 de 3 de Junho de 1865 Art. 72). Vid. Not. 124 ao Art. 590 § 1°.

Sobre a isenção do *Instituto dos surdos-mudos*, vejão-se os Avs. n. 224 de 4 de Julho de 1874, e n. 358 de 12 de Outubro do mesmo anno.

(133) Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853 Art. 21. Esta Lei generalisou a isenção, que já existia pelo Art. 33 do Decr. n. 353 de 12 de Julho de 1845, de pagamento de siza nas desapropriações por utilidade publica geral, ou municipal, da Côrte. Antes della, e com o fundamento da distincção de bens e rendas geraes, provinciaes, e municipaes, observava-se o contrario; e á tal respeito ha muitas Decisões do Govêrno—Ord. de 10 de Fevereiro de 1845, 28 de Setembro de 1847, 30 de Janeiro de 1851, e 15 de Março do mesmo anno. A desapropriação para incorporação nos Proprios Nacionaes nunca pagou siza, não porque nella não se dê verdadeira comp. a e venda, posto que forçada; mas porque as cousas assim compradas o-são para a Fazenda Nacional, ficando porisso comprehendidas no Cap. 11 § 3° do Regim. das Sizas, que tem tido observancia—Av. n. 28 de 29 de Março de 1842, e n. 233 de 23 de Setembro de 1851. A Lei n. 776 de 6 de Setembro de 1854 declara em geral, que a Fazenda Provincial está isenta de pagar siza dos bens de raiz comprados, ou vendidos, por conta de seus Cofres. O Art. 38 n. 19 do Regul. do sêllo de 26 de Dezembro de 1860 tambem isenta do sêllo proporcional a desapropriação por utilidade, ou necessidade publica, promovida por conta do Estado, ou das Administrações Provinciaes, e pelas Camaras Municipaes.

3.ª ED.

Regul. de 1869 Art. 4° ns. 1° e 2°, de 1874 Art. 23 ns. 1° e 2°—São isentos do imposto os actos translativos de bens, e os de desapropriação, *para as Provincias*, ou *Municipios*.

Av. n. 187 de 6 de Junho de 1871—As compras de bens effectuadas pelas Camaras Municipaes para seu uso, ou serviço municipal, são isentas do imposto de transmissão de propriedade.

Ou quaesquer Autoridades (palavras do nosso têxto): Que *Autoridades* são essas, de que falla o Art. 21 da Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853, depois de fallar das compras feitas pelas Provincias, e Camaras Municipaes? Certamente não são os *Emprezarios* do Decr. n. 353 de 12 de Julho de 1845 Art. 34, porque estes são *particulares* (individualmente ou em sociedade) arrematantes das obras das Provincias, e Camaras Municipaes. Entenda-se, para não ficarem inapplicaveis taes palavras, Autoridades do Govêrno Geral, pelas quaes possão *obras geraes* sêr executadas. Podêr-se-ha entendêr, que são os Juizes Provedôres dos Residuos, e os de Direito em correição quanto ás *obras* dôs Arts. 1127 § 3°, e 1128 *infra* Consolid. para cumprimento de *legados pios*? Absolutamente não, por-

§ 2.° As compras de embarcações para serviço do Estado (134):

§ 3.° As de barcos de vapôr destinados para serviço das Companhias de Navegação existentes no Imperio, e autorisadas por Lei, ainda que taes barcos sejão construidos em paiz estrangeiro (135):

---

que *obras pias* não entrão na classe das indicadas pela Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853 Art. 21. *Quid*, quando as compras de terrenos, ou predios, voluntarias, ou por desapropriação, fôrem feitas por emprezarios ou agentes de Companhias autorisadas por Lei; *specialiter*, para construcção d'estradas de ferro, segundo a legislação citada ao Art. 66 § 5° *suprá* Consolid.? Não são isentas do imposto de transmissão de propriedade, por argumento *a inclusione unius ad exclusionem alterius*; e não obstante o argumento *a identitate rationis*, ministrado pelo nosso Art. 596 § 3°, que isenta compras de barcos de vapôr para serviço de Companhias autorisadas por Lei, isenção mantida pelos novissimos Reguls. de 1869 e 1874.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 11— São isentos do *sêllo proporcional* os actos relativos á desapropriação por utilidade ou necessidade publica, por conta do Estado, das Administrações Provinciaes, ou das Camaras Municipaes:

Cit. Regul. n. 4505 Art. 15 n. 6° — São isentos do *sêllo fixo* processos de desapropriação por utilidade ou necessidade publica, promovidos por conta do Estado, ou das Administrações Provinciaes, e pelas Camaras Municipaes.

(134) Ord. n. 18 de 24 de Fevereiro de 1846.

3ª. ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 671 § Un. n. 4.° —Exceptuão-se as transferencias das embarcacões compradas por conta, e para serviço, do Estado.

Entra o nosso texto na generalidade do Regul. de 1869 Art. 4° n. 1°, e de 1874 Art. 23 n. 1°.—São isentos do imposto de transmissão actos translativos de bens para o Estado.

(135) Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 27.

As de embarcações para uso da Colonia de D. Francisca em Santa Catharina—Decr. n. 537 de 15 de Maio de 1850. As de vapores para a Companhia do Amazonas—Decr. n. 1445 de 2 de Outubro de 1854, e Av. n. 137 de 5 de Abril de 1856.

§ 4.° As de embarcações sahidas dos estaleiros, que ainda não tivérem feito viagem (136)

3ª. ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4°—Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.

Decr. n. 174 de 31 de Maio de 1871—Manda restituir á uma Companhia de Navegação a importancia do imposto de transmissão, que lhe foi indevidamente cobrado.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 ns. 9 e 10—São isentas do imposto de transmissão:

As compras (n. 9) de barcas de vapor, ainda que construidas no estrangeiro, destinadas ao serviço de Companhias autorisadas por Lei, e existentes no Imperio (Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 27):

As de quaesquer embarcações (n 10), que por Lei especial gozarem de isenção.

(136) Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850 Art. 9°.

E' applicavel a disposição desta Lei á todas as embarcações sahidas de estaleiros nacionaes, que ainda não tiverem feito viagem, quer sejão construidas por conta de subditos do Imperio, quer de estrangeiros—Av. n. 339 de 17 de Outubro de 1856.

3ª. ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 671 § Un. n. 3.°:

Exceptuão-se as transferencias das embarcações sahidas do estaleiro, que ainda não tiverem feito viagem (Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850).

Circ. n. 15 de 16 de Janeiro de 1864—As embarcações vendidas pela primeira vêz, embora tenhão feito mais de uma viagem, são isentas do imposto de transmissão.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4° —Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.

Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873 Art. 11 § 5° n. 6° — Isenção do imposto de transmissão de propriedade á primeira venda de embarcação construida em estaleiro nacional.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 11—E' isenta do imposto de transmissão a primeira venda de embarcação construida em estaleiro nacional (Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873 Art. 11 § 5° n. 6°.)

§ 5.° As adjudicações de bens em partilha á herdeiros, que pagárão as dividas da herança (137) :

Reputem-se portanto não escriptas as palavras do nosso texto—*que ainda não tiverem feito viagem*—. Procedeu a bôa interpretação da Circ. n. 15 de 16 de Janeiro de 1864.

(137) Ords. n. 102 de 23 de Agosto de 1850, n. 228 de 18 de Setembro de 1851, e Av. n. 19 de 25 de Janeiro de 1854.

As duas Ordens citadas, de 23 de Agosto de 1850, e de 18 de Setembro de 1851, suppoem, que os herdeiros são cessionarios dos credores da herança, á quem pagárão o que esta devia, e não deve-se confundir esta hypothese com a do Av. n. 190 de 28 de Maio de 1857 citado na Not. ao Art. 595 § 5°. Este Av. trata da adjudicação de bens em partilha á herdeiros credores da herança, o que vem á sêr uma dação *in solutum*. Como porém em regra os herdeiros só estão obrigados á pagar as dividas da herança em proporção de suas quotas hereditarias, parece, que as mencionadas Ordens de 1850, e 1851, devião têr feito esta distincção. Não sei, que differença haja, para o effeito do pagamento da siza, em sêr credor da herança, por si, ou como cessionario de outrem. Se o herdeiro é relevado da siza recebendo bens de raiz em pagamento de dividas hereditarias, que satisfez, é só pelo motivo de que as obrigações do defuncto para elle se-transmittirão.

Tambem é isenta de siza a adjudicação feita em inventario á herdeiro, que pague no prazo legal a importancia do quinhão lançado á Fazenda Nacional por taxa de herança—Regul. n. 156 de 28 de Abril de 1842 Art. 5.° Vid. o novo Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860.

3.ª ED.

Av. n. 404 de 16 de Setembro de 1861—Só procede esta isenção :

Remidas as dividas antes da partilha da herança :

A' favôr dos herdeiros necessarios, e dos cabeças de casal, e não dos collateraes.

Av. n. 405 de 17 de Setembro de 1861—Não procede esta isenção depois de partilhados os bens da herança.

Av. n. 389 de 6 de Setembro de 1865—O meeiro cabeça de casal pode remir as dividas da herança antes da partilha sem onus de siza, que o Av. n. 15 de 12 de Janeiro de 1855 estendeu á qualquer herdeiro.

§ 6.° **As tornas, ou reposições, entre herdeiros** (138) :

Av. n. 46 de 4 de Fevereiro de 1871—A remissão de dividas por um herdeiro no inventario não está sujeita ao imposto de transmissão de propriedade.

Ha nestes Avisos, combinados entre si, e com outros omittidos, algumas contradicções, e razões improcedentes; mas felizmente *tollitur quæstio*, porque a isenção do nosso têxto Art. 596 § 5° tem cessado em face do cit. Regul. de 1874 Art. 19, cuja disposição veja-se na Not. 130 ao Art. 595 § 5°.

Foi porém mantida a isenção indicada no fim da Not. *supra* pelo cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 4, assim:—E' isenta do imposto a acquisição feita no acto da partilha dos bens do espolio, como indemnisação do pagamento do imposto, de que trata o Art. 2° deste Regul. (Decr. n. 156 de 28 de Abril de 1842 Art. 5°, Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 12).

(138) Artigos das Siz. Cap. 6° § 3°, e Alv. de 14 de Dezembro de 1775 § 9°. Os Arts. das Siz. *loc. cit.* previnem neste assumpto varias hypotheses, em que se-deve pagar siza:—1.ª Se, depois de feita a partilha, sem havêrem tornas, concordar algum dos herdeiros em cedêr á outro certos bens:—2.ª Se os herdeiros trocarem os bens partilhados por outros, que possuião:—3.ª Se trocarem os bens partilhados uns pelos outros:—4.ª Se, antes de feita a partilha, concordarem em não fazê-la, recebendo algum delles pelo seu quinhão bens diversos, ou uma quantia de dinheiro. *Quid*, á respeito das sociedades? Deve-se pagar siza das entradas sociaes de immoveis, pois que passão do dominio particular do socio para o da pessoa moral? As leis fiscaes da França isentão do imposto neste caso, á menos que, dissolvida a sociedade, o immovel passe á pertencer á algum dos socios, que não os-trouxe. Quanto á bens adquiridos na constancia da sociedade, a partilha delles entre os socios não deve pagar siza, ainda mesmo que hajão tornas, visto que assim está estabelecido para os herdeiros.

Temos hoje a Ord. n. 34 de 28 de Janeiro de 1857, onde se-decide, que, sendo os bens propriedade da sociedade, que os-adquirio em seu proprio nome, não se-dá transferencia de dominio, quando, dissolvida a sociedade, são partilhados seus fundos, recebendo cada socio a importancia do seu capital em bens, que possuia em commum.

3.ª ED.

Av. n. 406 de 29 de Agosto de 1862 :— E' devida a siza dos bens de raiz adjudicados á herdeiros com obrigação de repôrem á outros em dinheiro, *quando o objecto é partivel*; mas por accôrdo não se-parte; e fica inteiro para um delles, fazendo este aos outros uma torna em dinheiro, por sêr isto uma perfeita venda *na forma do Cap.* 6º § 4º *dos Arts. das Sizas.*

« *Quando o objecto é partivel* : » Erronea distincção desse Av. de 1862, porque todos os objectos de valôr pecuniario são *partiveis*, e partidos *(partilhados)* são *divisiveis* ou *indivisiveis*. Nas partilhas ha uma *divisão ideal*, nas divisões uma *divisão real externa*. O Cap. 6º § 4º dos Arts. das Sizas, invocado nesse Av. de 1862, diz o contrario.

O Av. n. 331 de 17 de Novembro de 1870 tem na respectiva Collecção este summario :— O imposto de transmissão de propriedade não é devido no caso de *simples reposição entre coherdeiros*—. Houve engano neste summario. Tal Av. reservo para a Not do Art. 756 *infra*, onde mostrarei o erro de sua decisão *contra producente*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 3º :— São isentas do imposto as tornas, ou reposições, *em dinheiro, pelo excesso de bens lançados á um herdeiro*, ou *socio* : excepto, *se os bens fôrem partiveis*, ou se houvér concêrto para que uma das partes fique com bens de valôr superiôr ao seu quinhão, pagando-se nestes casos o imposto de compra e venda (Cap. 6º § 4º dos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476).

Este Cap. 6º § 4º dos Arts. das Siz. é o transcripto no fim do Regul. de 1869, como observei ao Art. 595 § 4º *supra* Consolid.

« *Em dinheiro* : »— explicação á cima do Regul. de 1874, mas escusada ; porque essas tornas, ou reposições, sempre se-fazem com dinheiro :

« *Pelo excesso de bens lançados á um herdeiro* : »— outra explicação do mesmo Regul. de 1874, mas tambem escusada, porque sem tal excesso não houvéra torna :

« *Ou socio* : »—veja-se a Not. ao Art. 756 *infra* Consolid. E nas partilhas entre conjuges divorciados com separação de bens, e nos casos de annullação de casamentos ? Veja-se a Not. ao Art. 158 *supra* Consolid. Do imposto de transmissão em relação aos contractos matrimoniaes, veja-se a Not. ao

§ 7.º As permutações, com licença do Govêrno, dos bens de raiz das Corporações de mão-morta por Apolices da Divida Publica, mas somente de metade da siza (139).

Art. 88 *supra* Consolid. Do mesmo imposto em relação á contractos sociaes, veja-se a Not. ao Art. 742 *infra* Consol :

« *Se os bens fôrem partiveis* : »— e quaes os bens não partiveis, se as partilhas são feitas *em abstracto* ; isto é, pela representação de numerario, á que prévias avaliações reduzem os bens ? Não confunda-se *partilha* com *divisão*, casos diversos nas acções *familiæ escircundæ*, e *communi dividundo* (Corr. Tel. Dout. das Acç. §§ 146 e 275). Não se-tenha por *não partivel* o *não partivel sem damno* da Ord. L. 4º T. 96 § 5º (Vid. Not. ao Art 1166 *infra* Consolid). Além de que, ao cobrar o impôsto nos casos de tornas entre herdeiros, estão feitas as partilhas ; e o Podêr Executivo não póde invalidal-as, ou não póde recusal-as para cobrar o impôsto, antes deve respeitar a independencia do Podêr Judicial.

Av. n. 422 de 9 de Novembro de 1874— Não é devido o imposto de transmissão dos bens, que um herdeiro recebeu de mais para tornar aos outros o valôr delles, conforme a partilha judicial ; sem accôrdo, ou intervenção, dos interessados, *quando vigorava o Regul. de 17 de Abril de 1869*.

Estas ultimas palavras indicarão, que o Regul. de 1869 foi *in totum* revogado pelo de 1874, ou só *in parte relata* ?

(139) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849 Art. 1º. Vid. Art. 342.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1874 Art. 20 —O imposto de permutação de immoveis das Corporações de mão-morta por Apolices da Divida Publica será de metade, *sempre que o valôr se-realisar logo em Apolices* (Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44).

Sempre que o valôr se-realisar logo em Apolices :—additamento, que não vê-se na Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e sem razão, attingivel !

Se foi para impedir trocas de taes immoveis por Apolices á entregar depois (hypothese rara em permutas, e para as Corporações de mão-morta virtualmente excluida), além de *non erat hic locus*, falhou a intenção com effeito adverso. Por

Art. 597. A siza deve sêr paga no logar da situação dos bens, ou no da celebração do contracto, se nenhum dos contrahentes residir no da situação dos bens (140).

---

argumento *a contrario* podêr-se-ha concluir o pagamento do imposto por inteiro, e não por metade, sempre que o valôr não se-realisar logo em Apolices.

(140) Ord. n. 219 de 26 de Agosto de 1851, n. 241 de 6 de Outubro do mesmo anno, n. 261 de 22 de Novembro de 1852. Antes, como que se-deixava opção entre o logar dos bens e o do contracto—Regul. de 14 de Janeiro de 1832 Art. 9°, Ord. de 28 de Março de 1832, Instrucç. do 1° de Setembro de 1836 Art. 2°.

A arrecadação da meia siza de escravos será feita pela Recebedoria do Municipio da Côrte em todos os contractos de compra e venda, troca, adjudicação, arrematação, dação *in solutum*, e alienação em virtude de renuncia, ou de qualquer outra transacção equivalente á compra e venda, ou troca, *que se-celebrarem ou tivérem logar no mesmo Municipio*—Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 6°.

3.ª ED.

Circ. n. 79 de 25 de Fevereiro de 1862—Fixa a verdadeira intelligencia da Ord. n. 219 de 26 de Agosto de 1851 sobre o *logar*, onde se-deve pagar a siza de bens de raiz.

Cit. Regul. de 1874 Art. 28 ns. 1° e 2°—O pagamento do imposto realisar-se-ha:

1.° Da compra e venda, ou actos equivalentes, de immoveis, na Estação Fiscal do logar, em que estes fôrem situados; excepto, se os contractos versarem sobre bens, que estejão em differentes districtos, ou se a transmissão effectuar-se judicialmente; casos, em que poderá sêr pago em qualquer dos ditos districtos, ou onde lavrarem-se os contractos, e actos:

2.° Da compra e venda de escravos, ou actos equivalentes, que celebrarem-se no Municipio da Côrte, na Recebedoria do Rio de Janeiro (Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 6°).

Art. 598. O comprador, não havendo estipulação em contrario, paga metade da siza, ficando a outra metade á cargo do vendedor (141).

Art. 599. Por compra de bens nacionaes, não havendo tambem estipulação em contrario, o comprador paga do mesmo modo metade da siza (142).

---

(141) Arts. das Siz. Cap. 1°, Ord. n. 233 de 23 de Setembro de 1851.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 8°—O imposto de transmissão sêrá pago *por inteiro pelos adquirentes dos bens*, nas *permutações por ambos os permutantes*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 27—O imposto de transmissão será pago *por inteiro pelos adquirentes dos bens*.

Persiste a disposição do nosso texto no Art. 598? Não, porque, se o imposto deve ser pago *por inteiro* pelos adquirentes, uma estipulação é necessaria para entendêr-se, que o comprador paga metade, ficando a outra metade á cargo do vendedor. Foi boa esta innovação, porque o costume lutava com a presumpção da Lei; e agora harmonisão-se. Quasi sempre, para não dizêr sempre, subentendia-se o pagamento da siza *por inteiro* á cargo do comprador.

O Regul. de 1874 não especificou o caso das *permutações*, como o de 1869, por estar subentendido. Se cada *permutante* adquire, ambos págão na proporção do adquirido sujeito ao imposto.

(142) Cit. Ord. n. 233 de 23 de Setembro de 1851. O Cap. 18 do Regim. dos Encabeçam. das Siz. mandava o contrario—*E todas as vendas que se-fizerem dos bens da Corôa, ou de quaesquer outras propriedades que se-comprarem ou venderem por minha parte, não pagará minha Fazenda nem as partes siza alguma*—. Com esta disposição conformou-se a Ord. de 11 de Janeiro de 1836, revogando a anterior de 19 de Fevereiro de 1835; e declarando em vigor os antigos Regimentos das Sizas, quando não se-oppozerem ás determinações do Alv. de 3 de Junho de 1809, que estabeleceu as sizas no Brazil.

Art. 600. Tanto nas Execuções particulares, como nas promovidas por parte da Fazenda Nacional; os arrematantes são sujeitos ao pagamento de metade da siza, ficando a outra metade á cargo dos executados (143)

Dá-se o mesmo na compra de terras devolutas—Av. n. 369 de 10 de Novembro de 1856. E o mesmo estabelece, quanto á compra de escravos pertencentes á Fazenda Nacional o Decr. de 28 de Novembro de 1860 Art. 2.°

3.ª ED.

A disposição deste Art. 599 é uma applicação da do Art. 598 nos casos, em que o vendedôr é o Estado; mas, combinada com o cit. Regul. de 1874, não dá o mesmo resultado de pagar o compradôr o imposto por inteiro. Ao contrario nada paga, não procede o Art. 27 desse Regul.; rege sim o Art. 23 n. 1°, que isenta do imposto os actos translativos de *bens do Estado*. A isenção não é unicamente para o Estado transferente, é tambem para os adquirentes, já que o Regul. não distingue. Assim bem o entendeu, no caso de constituição de emphyteuse, o Av. n. 285 de 25 de Agosto de 1874 citado na Not. 2 ao Art. 606 Consolid.

(143) Ord. n. 137 de 16 de Novembro de 1846—Observa-se o disposto no Cap. 5° dos Arts. das Siz. Os arrematantes págão toda a siza por si e pelos executados, descontando-se depois a metade destes na conta dos Autos.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 8.°—O imposto de transmissão será pago, *nas arrematações*, metade por conta do executado, e metade pelo arrematante.
Cit. Regul. de 1874 Art. 27—A mesma disposição do de 1869 á cima art. 8°.
Nas execuções particulares, pois, esses Reguls. em nada mudarão o têxto do nosso Art. 600.
Não cabe a mesma interpretação, quando fôr arrematante a Fazenda exequente, em vista do Art. 23 n. 1° do Regul. de 1874, igual ao do Art. 4° n. 1° do de 1869.
Por identidade de razão, quando fôr arrematante a Fazenda Provincial, ou a Fazenda Municipal.

Art. 601. Quando os bens são adjudicados á Fazenda Nacional, recahe somente nos executados metade da siza, sendo a outra metade por conta da mesma Fazenda (144).

Art. 602. A restituição da siza paga só tem logar nos dois seguintes casos:

§ 1.° De mostrar-se com toda a evidencia, que o contracto de compra e venda, ou a arrematação, não chegou á effectuar-se, e que o comprador não entrou na posse da cousa comprada (145):

---

(144) Decr. n. 663 de 24 de Dezembro de 1849.
O mesmo determina, quanto ás adjudicações de escravos á Fazenda Nacional nas Execuções Fiscaes, o Decr. de 28 de Novembro de 1860 Art. 2°

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 8.°—O imposto de transmissão será pago, *nas adjudicações*, metade por conta do executado, e metade pelo adjudicatorio.
Cit. Regul. de 1874 Art. 27— A mesma disposição á cima do de 1869 Art. 8°.
A interpretação da Not. 143 ao Art. 600, quando a Fazenda Nacional, Provincial, ou Municipal, arremata os bens; procede agora sem differença, quando ellas fôrem adjudicatarias.

(145) Ord. n. 118 de 8 de Novembro de 1838, n. 200 de 29 de Agosto de 1853. Restituições de sizas por não se-ter verificado o contracto—Ord. de 22 de Setembro de 1834, de 26 de Agosto, e 30 de Setembro, de 1837; de 24 de Julho, e 8 de Junho, de 1838; de 7 e de 12 de Fevereiro de 1839. Distratando-se amigavelmente as vendas, ou trocas, pagão-se novas sizas—Ord. de 23 de Julho de 1834, e n. 40 de 4 de Fevereiro de 1853.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 14 n. 1°, e de 1874 Art. 34 n. 1° —O imposto de transmissão, *quando devidamente cobrado*, não poderá sêr restituido; salvo quando o contracto, ou acto, de que se-tivér pago o imposto, não se-effectuar.

§ 2.° De mostrar-se do mesmo modo, que a compra e venda, ou a arrematação, foi annullada, ou desfeita, por sentença passada em julgado em acção controvertida entre as partes (146).

Reputem-se obliteradas as ultimas palavras do nosso Art. 602 § 1°—*e que o compradôr não entrou na posse da cousa comprada*—, já que a nossa legislação dos Reguls. citados as-omittio, satisfazendo-se com o simples successo de não têr-se realisado o acto ou contracto, e dispensando a *posse*.

Assim digo com alguma hesitação, porque o Art. 7° n. 4° do Regul. de 1869 falla da *posse*, liquidando-a em metade do valôr da propriedade; entretanto que o Regul. de 1874 saltou por esta disposição, e sem dizêr quaes as disposições não repetidas por elle revogadas.

As palavras regulamentares—*quando devidamente cobrado*—são do Regul. de 1874, não do de 1869. Porta aberta, e com razão, á muitos casos de restituição do imposto.

(146) Ord. n. 118 de 8 de Novembro de 1838, n. 111 de 27 de Abril de 1853, n 200. de 29 de Agosto do mesmo anno. Restituições de sizas por nullidade de arrematações—Port. de 28 de Julho de 1840, de 16 de Dezembro de 1838. Por nullidade de adjudicações—Port. de 16 de Julho, e 27 de Setembro, de 1838. Não bástão sentenças proferidas sobre embargos de terceiro—Ord. n. 143 de 29 de Dezembro de 1845.

Depois da Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11 tambem tem logar a restituição da siza, quando o preço é excedente á 200$000 réis, se não se-chegou á assignar escriptura publica—Man. do Proc. dos Feitos Not. 1123.

3.ª ED.

Av. n. 415 de 14 de Dezembro de 1864—Restituição da siza de uma arrematação annullada.

Cit. Regul. de 1869 Art. 14 ns. 2° e 3°, e de 1874 Art. 34 ns. 2° e 3°:

2.° *No caso de nullidade de pléno direito* do contracto ou acto, formalmente pronunciada pela Lei em razão de preterição de solemnidades, visivel pelo mesmo instrumento, ou por prova litteral (Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 684 § 1°):

Art. 603. Duvidas suscitadas sobre a restituição da siza por qualquer outro motivo devem sêr decididas pelo Podêr Judiciario (147).

3.° *Nos outros casos de nullidade absoluta* do contracto ou acto, sendo decretada pela Autoridade Judiciaria, depois de regular e contradictoria discussão entre as partes.

No caso de nullidade de pleno direito: Ficarão de fóra os casos de *resolução*, quando as transmissões fôrem de *propriedade resoluvel* por prazo, condição, ou qualquer dos nomeados factos (Consolid. Arts. 544, 545, 550, 551, e 552). Não os-olvidou o nosso Art. 602 § 2°, porque ferio os dois casos de *nullidade* e *resolução*, disendo—foi *annullada*, ou *desfeita*, por sentença passada em julgado—.

Nos outros casos de nullidade absoluta: E porque não em todos os casos de *nullidade relativa*, nos quaes entrão os de *rescisão*, demandaveis pelas acções, que o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 686 á 694 chamou—*acções de rescisão*—; sem querêr dizêr—rescisorias—, como no caso de seu Art. 681 § 4° ?

Além dos casos de *imposto indevidamente cobrado* por enganos administrativos, além dos de *acquisição nulla*, *acquisição annullada*, *acquisição rescindida*, *acquisição resolvida*; occorrem frequentemente, com participação destas especies, os imprevistos *de reivindicação*, á que sem injustiça não se-póde deixar de attendêr.

O imposto é de transmissão de propriedade, e transmissão frustrada por *superveniente reivindicação* não é transmissão de propriedade. Foi talhado para estes casos o Art. 10 § Un. do Regul. de 1869, e o Art. 18 § Un. do Regul. de 1874? Ou a *reivindicação*, de que fallão, serve só para o misterio das *transmissões secretas* ?

(147) Cit. Ord. n. 118 de 8 de Novembro de 1838 *in fin*.

Esta Ord. está sem vigôr em face do Av. n. 63 de 28 de Fevereiro de 1864, que declara da exclusiva competencia da Autoridade admnistrativa todos os casos, em que a siza deva sêr restituida.

As questões de restituição do imposto da meia siza de escravos vendidos, bem como todas as que disserem respeito á obrigação, applicação, isenção, e arrecadação, do mesmo imposto, são da competencia da Recebedoria do Municipio; devendo decidir-se com os recursos legaes na fórma do Regul.

Art. 604. Além de restituir o preço ao comprador, quando este engeitar a cousa immovel comprada nos termos dos Arts. 557, e 558; o vendedor também restituirá a siza, que o comprador tivér pago (148).

CAPITULO VI

Do aforamento

Art. 605. A escriptura publica é essencial nos contractos de aforamento de bens ecclesiasticos (1). (Art. 367 § 2°)

---

de 17 de Março de 1860, approvado pelo Art. 12 § 10 da Lei de 27 de Setembro do mesmo anno. Nos casos de restituição do imposto se-observaráõ as regras estabelecidas pela legislação em vigor á respeito da restituição da siza dos bens de raiz—Regul. de 28 de Novembro de 1860 Art. 9°.

3.ª ED.

O cit. Regul. de 1874 Art. 34 § 2° revogou este Art. 603 *supra*. No § 1° desse Art. 34 repetio o disposto no Regul. de 1869 Art. 14 § Un.. Eis a integra dos dois paragraphos:

§ 1.° As reclamações devem sêr intentadas dentro do prazo de *cinco annos*, interrompendo-se porém a prescripção pelas questões judiciaes, que sobrevierem: (Vid. Not. ao Art. 870 *infra*)

§ 2.° A decisão é da exclusiva competencia da Autoridade Administrativa.

(148) Ord. L. 4° T. 17 § 6°.

Está Ord. trata da acção redhibitoria, por compra de escravos ladinos, porém a razão é a mesma nos casos de acção redhibitoria por compra de bens de raiz.

(1) Ord. L. 4° T. 19 princ. Já se-disse, que na pratica a escriptura publica reputa-se essencial de todos os contractos de aforamento. Tambem se-póde constituir aforamento por testamento, do que dá idéa o § 8° da Ord. L. 4° T. 37. Vid. Not. ao Art. 367 § 2°.

O contracto de aforamento ou emphyteutico é *bilateral perfeito*, sempre *oneroso*, e *consensual*. E' contracto puramente *civil*, cujas questões são da exclusiva competencia do Juizo Civil. Nunca é *commercial*, porque sempre recahe sobre immoveis. Só as cousas moveis são objecto do commercio. Como o aforamento póde resultar de contracto, ou de disposição de ultima vontade, e delle deriva um —*jus in re aliena*—, com seus effeitos continuos; este Capitulo *do aforamento* estaria melhor no Livro 2° da Obra, que trata dos direitos reaes.

3.ª ED.

Nos aforamentos em Portugal costuma-se inserir a *vedoria* ou *apegação*, isto é, a medição e confrontação dos immoveis aforados. São termos, de que ninguem usa no Brazil, pôsto que as escripturas de aforamento contenhão as respectivas medições e confrontações, ou á ellas se-refirão; assim como não se-usa do termo—*investidura*—, que veio dos feudos, indicando o titulo originario do aforamento.

O contracto de aforamento (*contractus emphyteuticarius*) é—o contracto *por excellencia*,—o contracto *individual*. *Por excellencia*, porque só recahe sobre *immoveis*; distinguindo-os por classe de bens. *Individual*, porque o Estado só o-faz, como se-fôra individuo, despido de sua soberania, e com effeitos só justiçaveis pelo Podêr Judicial.—Vid. o Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1867, citado ao Art. 40 Not. 52 *supra*.

Quando *perpetuo*, o aforamento coaduna o *prazo* com a *perpetuidade*.

O emphyteuta não pódè sêr demandado pelo senhorio para exhibir o instrumento do prazo—Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 237.

Art. 606. Os verdadeiros contractos emphyteuticos são aquelles, em que se-emprazão terrenos para edificação de casas, ou terras incultas para trabalhos de lavoura e plantações (2).

---

(2) Lei de 4 de Julho de 1776. Esta Lei teve por fim cohibir o abuso das forçadas reducções dos fóros á pretexto de lesão enormissima. Para Portugal foi de graves consequencias, não para o Brazil. Não aconteceu assim com o Alv. de 10 de Abril de 1821, que para os terrenos, em que está situada a Cidade do Rio de Janeiro, foi de grande influencia, regulando ainda hoje muitas questões. Todos os aforamentos desses terrenos forão reduzidos á perpetuos, e como taes semandou reputar e julgar todas as sub-emphyteuticações,

locações, e arrendamentos, que os respectivos emphyteutas e sub-emphyteutas houvessem feito com quaesquer outras pessoas para o fim de se-edificarem casas, e formarem quintas ou chacaras, ou de se-fazêr qualquer genero de cultura. Este Alv. foi um golpe do antigo Govêrno absoluto, e até pela sua redacção faz-se digno de ser lido.

A novissima Lei hypothecaria cóntempla no Art. 6° o *fôro* como um dos *onus reaes*.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 5° —A *constituição de emphyteuse* ou *subemphytense* pagará o imposto de transmissão de propriedade na razão do actual sello proporcional; e da joia, se houvér, 1 °/o.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3° n. 7°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 7°—E' devido o imposto de transmissão de propriedade, da *constituição de emphyteuse*, ou *subemphyteuse*. (O *emphyteuse*, e *subemphyteuse*, tambem tem os nomes de *emprazamento*, e *subemprazamento*).

Cit. Regul. de 1869 Art. 4° n. 4°, e de 1874 art. 23 n. 5. —E' isenta do imposto a *constituição de emphyteuse*, ou *subemphyteuse*, nos mesmos casos, em que são isêntas as vendas de immoveis á colonos etc.

Cit. Regul. de 1869 art. 6° n. 6°, e de 1874 art. 24 n. 6.° —Para o pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos será, na *constituição de emphyteuse*, ou *subemphyteuse*, o valôr do dominio util.

O cit. Regul. de 1869 não adoptou por principio classificadôr de materias a differença entre transmissões *inter vivos* e transmissões *causa mortis*, e porisso compreendeu virtualmente a *constituição de emphyteuse* ou *subemphyteuse* por disposição de ultima vontade. O de 1874, tendo adoptado esse principio classificadôr, excluio virtualmente aquelle outro meio de aforar e subaforar.

Av. n. 285 de 25 de Agosto de 1874— A *constituição de emphyteuse* feita pelo Estado não está sujeita ao imposto de transmissão de propriedade, como se-acha expresso no Art. 23 § 1° do Regul. de 31 de Março de 1874, e no Art. 4° § Un. n. 1° do de 17 de Abril de 1869. (Paga porêm sello proporcional, que este Av. declara qual seja)

No Alv. de 10 de Abril de 1821 attenda-se á estas palavras finaes do seu preambulo: « usando á estes fins do *dominio eminente*, que me-compete como Soberano para regular o dos meus fieis vassallos etc. » Actualmente, nem o Govêrno, nem mesmo o Podêr Legislativo ordinario, podem alterar o *direito de propriedade* ao contrario da sua garantia no Art. 179 §22 da Const. do Imp.; assim como não podem, á exemplo do cit. Alv. de 1821, cassar sentenças passadas em julgado, declarando-as *nullas*. A mesma Const. Art. 179 § 12 prometteu mantêr a independencia do Podêr Judicial. Vid. Not. *infra* ao Art. 915.

Art. 607. Todos os outros contractos, em que se aforão casas já feitas, quintas habitaveis, e terras já cultivadas, contém por sua natureza locações de longo tempo, ou colonias perpetuas (3).

Art. 608. Os contractos do Art. antecedente serão julgados pelas regras da locação sem outra differença, que a de sêrem obrigados os colonos desta especie aos direitos dominicaes, que se estipularem (4).

Art. 609. O aforamento póde sêr perpetuo (5), ou vita-

(3) Cit. Lei de 4 de Julho de 1766. Na comparação das locações de longo tempo e colonias perpetuas com os aforamentos, que differença se-póde achar? As locações nunca opérão a desmembração do dominio, não engendrão—*jus in re*—. Os aforamentos transferem o dominio util para os emphyteutas. O successor singular não é obrigado á conservar o colono (Art. 655), mas é obrigado á conservar o emphyteuta. A duração do contracto nada influe. Vid. Not. ao Art. 651.

(4) Cit. Lei de 4 de Julho de 1766. Os consectarios vem indicados em Lob. Dir. Emphyt. § 96.

(5) Ord. L. 1° T. 62 § 46, L. 4° T. 38 princ., T. 39 princ.—*para sempre*—; T. 40—*em perpetuo*—, T. 41—*in perpetuum*—, T. 96 § 23— *aforamentos perpetuos*—, § 24—*em perpetuo*—. Tambem se-chama — *fateosim* — Alv. de 10 de Abril de 1821; ou—*em fatiota*—Regim. de 3 de Setembro de 1627 Cap. 76, e Alv. de 3 de Novembro de 1857. Só os desta especie são usados entre nós. O Alv. de 10 de Abril de 1821, como já se-notou, mandou reduzir á perpetuos os aforamentos dos terrenos da Camara da Côrte, e suas sub-emphyteuticações. O mesmo quanto á Fazenda de Santa Cruz— Decr. de 26 de Julho de 1813.

licio (6). O perpetuo é hereditario (7), ou familiar (8). O vitalicio é de nomeação livre, ou restricta (9).

Art. 610. Não podem sêr aforados:

§ 1.° Os *Proprios Nacionaes*, sem autorisação da Assembléa Geral (10): (Art. 59)

---

(6) Ord. L. 1° T. 62 § 46—*se aforarão em três pessoas*—, Ord. L. 4° T. 41—*em certas pessoas*—; T. 36 e 37, T. 97 §§ 22 á 25, Alv. de 3 de Novembro de 1757—*em vidas*—. Não existem entre nós estes aforamentos.

(7) Ord. L. 4° T. 36 § 7°, e T. 96 §§ 23 e 24.

(8) Ord. L. 4° T. 96 § 24. Vid. Art. 113 § 1°. Tambem não usamos de taes aforamentos, que chamavão-se—*prazos familiares*—.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 36, e T. 37; Alv. de 12 de Maio de 1769—*ou sejão familiares, ou de livre nomeação*—. Os prazos de nomeação restricta classificavão-se em—*familiares puros*, e *familiares mixtos*—.

(10) Alv. de 23 de Maio de 1775 § 19, combinado com o Art. 15 § 15 da Constit. do Imp.; Off. de 15 de Novembro de 1832. Aforão-se unicamente os terrenos de marinhas, pela autorisação da Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 14; e chãos encravados, ou adjacentes ás Povoações, que sirvão para edificação—Lei de 12 de Outubro de 1833 Art. 3°. Esses aforamentos são perpetuos—Cit. Lei *ibidem*, e Av. de 25 de Agosto de 1837. Os aforamentos das marinhas no Municipio da Côrte pertencem á respectiva Camara—Lei de 3 de Outubro de 1834 Art. 37 § 2°. Só se-lhe-deu direito aos fóros, e não aos laudemios (Off. de 8 de Abril de 1835, Av. de 2 de Maio de 1837), o que cessou pela Port. de 5 de Agosto de 1839

3.ª ED.

Tambem aforão-se terrenos de extinctos aldeamentos de Indios, que se-tenhão incorporado nos Proprios Nacionaes (Not. ao art. 59 *supra*), como indica o Av. n. 285 de 25 de Agosto de 1874 já citado ao Art. 605 *supra*, declarando o valôr do sêllo proporcional dos respectivos titulos de aforamento. Quando esse Av. diz—*terrenos devolutos*—, não se-entende a devolução no sentido do Art. 53 *supra*; mas no sentido de não estarem occupados os terrenos, e de podêrem portanto sêr devolvidos ao dominio do Estado.

§ 2.° Os *bens municipaes*, sem autorisação das respectivas Assembléas das Provincias (11), e na Côrte sem autorisação do Govêrno (12). (Art. 61)

Art. 611. Os bens de Capellas, Hospitaes, Confrarias, e Irmandades, só podem ser aforados em hasta pubica á quem mais dér, precedendo editaes, e pregões por vinte dias. Serão nullos os aforamentos feitos de outro modo (13).

Não sei por qual lei julgou-se autorisado o Govêrno para aforar terrenos dos extinctos aldeamentos dos Indios. Será pela Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843 Art. 2° § 21, que o-autorisou á dar regulamentos ás Missões?

N. B. O Govêrno foi autorisado para taes aforamentos pela Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860 Art. 11 § 8°, o qual diz:—Para *aforar*, (ou *vender*), na conformidade da Lei de 18 de Setembro de 1850, os terrenos pertencentes ás antigas Missões e Aldeias dos Indios, *que estiverem abandonados*; cedendo todavia a parte, que julgar sufficiente para a cultura dos que nelles ainda permanecêrem, e os-requerêrem. Vid. Not. 99 ao Art. 586 § 1° *supra*. O Av. n. 405 de 18 de Novembro de 1860 autorisa-se com essa Lei de 27 de Setembro de 1860 Art. 11 § 8° em relação aos titulos de aforamento de terrenos pertencentes ao extincto aldeamento dos Indios de S. Lourenço em Nitherohy.

(11) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 10, e do 1° de Outubro de 1828 Art. 42, em harmonia com o Acto Addicional. Sobre aforamentos dos—*bens do Conselho*—existe uma longa serie de Leis, á começar do § 17 da Ord. L. 1° T. 66. Não ordenando a Lei, que os aforamentos se-fação em publico á quem mais dér, como dispõe á respeito das vendas e arrendamentos; e sendo antes muito conveniente que, para os que se-acharem de posse sem titulo de aforamento, se-estabeleça um preço certo e razoavel com attenção ás circumstancias do tempo, e dos logares, assim se-deve observar—Av. de 29 de Março de 1830.

(12) Lei de 26 de Maio de 1840, Arts. 23 e 24. Existem na Collecção os Orçamentos respectivos, approvados pelo Govêrno.

(13) Ord. L. 1° T. 62 § 45. As distincções do § 46 desta Ord. não são applicaveis ao Brazil. Tambem não nos-é applicavel a Ord. L. 4° T. 41 sobre a nullidade dos aforamentos

Art. 612. Não podem tomar de aforamento:

§ 1.° As Corporações de mão morta (14): (Art. 69)

§ 2.° Os Vereadores, e Officiaes das Camaras Municipaes, por si ou interpostas pessoas, bens das Camaras, em que servirem (15):

§ 3.° Os administradores, mesarios, procuradôres, e mais empregados, das Igrejas, Misericordias, e Corporações de igual genero, bens desses Estabelecimentos (16):

§ 4.° Os Procuradôres Fiscaes das Thesourarias, terrenos de marinha na mesma Provincia, em que servem; e em geral os empregados publicos, que em razão de seus officios tenhão de intervir directamente para concessão dos ditos terrenos (17).

Art. 613. Devem sêr preferidos nos aforamentos de terrenos de marinha (18):

---

de bens vinculados, ou da Corôa, quando o Administrador recebia dinheiro por entrada (luvas), isto é, qualquer quantia para as concessões.

(14) As Leis da amortização citadas ao Art. 69. Se, nos termos da Lei de 4 de Julho de 1768, nem podem optar seus proprios prazos, nem arremata-los quando vendidos para pagamento dos fóros, muito menos podem recebêr de aforamento bens alheios. Vid. Arts. 623 e 635.

(15) Lei do 1° de Outubro de 1828 Arts. 43 e 44, e anteriôrmente o Alv. de 23 de Julho de 1766 § 1°. Vid. Art. 677.

(16) Alv. de 6 de Dezembro de 1603. Vid. Art. 677.

(17) Ord. n. 82 de 22 de Julho de 1842, e n. 156 de 4 de Dezembro de 1848.

(18) Estas regras, posto que extrahidas de Decisões do Govêrno, fazem parte do nosso Direito Civil. e são da maior importancia. Não as-observem invariavelmente, que o dominio nacional dos terrenos de marinha tornar-se-ha intoleravel, e funestissimo, encravando muitos terrenos do nosso littoral, e privando-os de suas servidões naturaes.

As concessões de terrenos de marinha aos particulares sempre se-fazem por aforamento perpetuo—Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 14, Av. de 25 de Agosto de 1837, e Ord. de 13 de Dezembro de 1839.

§ 1.° Em suas respectivas testadas e frentes os que ahi tivérem estabelecimentos de trapiches, armazens, e outros semelhantes, dependentes de franco embarque, e desembarque (19):

§ 2.° Os possuidôres delles na supposição de lhes-pertencêrem, e fazêrem parte de suas propriedades; uma vêz que se-sujeitem, como os do § antecedente, ao pagamento do respectivo fôro; e requeirão titulos de aforamento no prazo, que lhes-fôr assignado por editaes (20):

§ 3.° Os proprietarios de fazendas, quanto aos respectivos terrenos de marinha, que lhes-ficão em frente (21):

3.ª ED.

Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860 Art. 11 § 7.—Fica autorisado o Govêrno para aforar os terrenos de alluvião, onde existirem marinhas, e bem assim os alagadiços, ou terrenos devolutos encravados nas povoações ou seus arredores. Esta disposição fica extensiva á quasquer outros terrenos devolutos nas mesmas condições.

Decr. n. 4105 de 22 de Fevereiro de 1868—Regula a concessão dos terrenos de marinha, dos reservados nas margens dos rios, e dos accrescidos natural e artificialmente.

(19) Ord. de 20 de Maio, e Circ. de 20 de Agosto, de 1835.

Procede esta preferencia á respeito de todos os proprietarios quanto aos terrenos de marinha em frente de seus predios—Av. de 20 de Julho de 1839.

(20) Ord. de 7 de Fevereiro de 1833, de 12 de Julho do mesmo anno, Circ. de 20 de Agosto de 1835, Off. de 24 de Setembro do mesmo anno, Ord. de 14 de Janeiro de 1836.

As Irmandades, Confrarias, Ordens Religiosas, e mais Corporações de mão-morta, que possuirem terrenos de marinha com titulo de aforamento, deverão ser conservadas nessa posse, se por acto legislativo estiverem autorisadas para terem bens de raiz, ou até que de tal posse sejão lançadas pelos meios competentes; e no caso de estarem indevidamente na posse sem titulo, devêr-se-ha dispôr dos terrenos na fórma das Leis, dando-os por aforamento á quem pretendêr aproveita-los.—Port. n. 149 de 7 de Outubro de 1847.

(21) Ord. de 28 de Fevereiro de 1840.

§ 4.° Os que tivérem dado de arrendamento, no todo, ou em parte, terrenos de marinha, que possuião na supposição de fazêrem parte de suas propriedades, em concurrencia com os arrendatarios desses terrenos; ainda que estes já tenhão edificado, ou aproveitado de qualquer maneira os terrenos arrendados (22)

§ 5.° Os que tivérem dado de aforamento os mesmos terrenos por se-julgarem delles senhôres directos, em concurrencia com os foreiros, ainda que estes tenhão bemfeitorias valiosas (23) :

§ 6.° Quanto á terrenos de marinha não occupados, quem primeiro os-tivér requerido caso tenha probabilidade de aproveital-os (24) :

§ 7.° Na falta de precedencia de requerimento, o que melhor, e em menor espaço de tempo, podér, e se-obrigar á aproveital-os em utilidade publica, e da Fazenda Nacional (25):

§ 8.° Sendo possivel divisão commoda, os pretendentes uns aos outros conforme as regras ácima estabelecidas (26).

Art. 614. As obrigações do foreiro consistem :

§ 1.° No pagamento do fôro em tempo devido, segundo os termos do contracto (27) :

---

(22) Circ. de 30 de Janeiro de 1836, Ord. n. 173 de 31 de Maio de 1851, n. 256 de 15 de Novembro de 1852, e n. 226 de 19 de Outubro de 1853.

(23) Port. de 17 de Maio de 1836, e Ord. n. 173 de 31 de Maio de 1851.

(24) Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(25) Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(26) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(27) Ord. L. 1° T. 62 § 47, L. 4° T. 36 § 5°, e T. 39. A disposição da Ord. L. 4° T. 40, que prohibia aforar casas, ou chãos para reedificar, pelo fôro de pão, azeite, etc.; mas só por dinheiro, e aves; não nos-diz respeito. Temia-se, que os

§ 2.° Em não alienar o dominio util da cousa aforada sem consentimento do senhorio, ou a alienação se-faça por titulo

---

moradores das Cidades, não tendo os referidos fructos, fossem omissos no pagamento do fôro, e commettêssem fraudes, que punia a Ord. L. 5° T. 65. Esta mesma razão dictou a providencia da Ord. L. 4° T. 68. As pensões dos nossos aforamentos perpetuos são todas de dinheiro.

3.ª ED.

Antigamente, como prova a cit. Ord. L. 4° T. 40, o fôro podia não consistir em dinheiro, com os nomes de—*pensão*,—*canon* (ou *canon emphyteutico*), como se exprimisse uma regra de Direito Canonico. Actualmente entre nós o *fôro* só é pagavel em dinheiro, e portanto litterariamente representa[illegible] quando o dinheiro é de papel.

Luctuosa— prestação extraordinaria, juntamente com [illegible] *fôro*, que pagava-se ao senhorio nas renovações de ant[illegible] prazos pela morte de cada uma das vidas, nunca pago[illegible] no Brazil, onde todos os aforamentos são perpetuos sem [illegible] pendencia de renovações.

Banalidades,—direitos banaes,—serviços pessoaes, tam[illegible] nunca houverão no Brazil (resquicios feudaes), para qu[illegible] cessidade tivessemos, como em Portugal, de os-aboli[illegible] trôco, tivemos a escravidão dos *Indios*, e temos ainda [illegible] da escravidão dos *Negros*.

Ração—era o nome do *fôro*, quando quota indetermi[illegible]

« O foreiro (DIREITO Rev. Ann. 2° 1874 pags. 1ª e [illegible] á respeito do subemphyteuta os mesmos direitos, que [illegible] cem ao senhorio? »

Nesta generalidade, o quesito deve sêr resolvido a[illegible] vamente; e, se não fôra, negar-se-hia a legalidade [illegible] *emphyteuse*, que aliás está recentemente reconhecida n[illegible] n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3° n. 7°, Art. [illegible] e no de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. [illegible] Art. 23 n. 5°, sobre o imposto de transmissão de [illegible] dade. Se porém, na solução do quesito (como parece), [illegible] em vista o direito de cobrar fóros por via executiva; [illegible] ao senhorio, e consequentemente o-nego ao foreiro sub[illegible] teuticante.

oneroso ou gratuito, ou se-trate de venda voluntaria, ou necessaria por execução de sentença (28). (Arts. 94, e 582 § 3.°)

---

(28) Ord. L. 1° T. 62 § 48, L. 3° T. 93 § 3°, L. 4° T. 11 § 3°, e T. 38 princ. Vid. Port. de 22 de Março de 1838. Està em uso incorporar-se nas escripturas as licenças dos senhorios, e recibos dos laudemios, *ad instar* do que se-pratica com as sizas. Generalisou-se o que antigamente era especial privilegio de algumas Corporações, como se-póde vêr na Lei de 22 de Dezembro de 1747, e em outras, que cita Lobão Dir. Emphyt. § 859.

Quanto aos bens foreiros á Camara Municipal desta Côrte, nenhum Tabellião lavra as escripturas sem fazêr menção dos respectivos Alvarás de licença, que lanção em seus Livros de registros, portando por fé terem sido pagos os fóros e laudemios, como dos mesmos Alvarás consta. Estes Alvarás são archivados nos Cartorios, ficando as partes com o conhecimento do pagamento dos laudemios, e com o outro do que pagárão pela expedição de licença e sellos.

É necessario consentimento do senhorio directo, para que o emphyteuta possa subemphyteuticar—Repert. das Ords. T. 2° pag. 550. Se o subemphyteuta quizer alienar o dominio util, deve pedir licença ao senhorio directo, e pagar laudemio, e não ao emphyteuta—Cit. Repert. pags. 555 e 573.

Quanto á venda necessaria, segui a letra da Ord. L. 3° T. 93 § 3°, não obstante a contraria doutrina de Mell. Freir. L. 3° T. 11 § 14.

« O dominio util dos bens emphyteuticos (Art. 2° § 1° da novissima Lei hypothecaria) póde sêr objecto de hypotheca independente de licença do senhorio, o qual não perde, no caso de alienação, o direito de opção. »

3.ª ED.

Circ. n. 498 de 31 de Outubro de 1861— Por occasião de arrematações de terrenos de marinha, e de outros bens foreiros á Fazenda Nacional, os Escrivães não passem certidões, sem que o arrematante mostre, que foi obtida do Govêrno a licença para alienação do aforamento; assim como nas Justiças de primeira Instancia declare-se, que taes bens são foreiros á mesma Fazenda.

Art. 615. Cessa a obrigação de pagar o fôro, se o immovel aforado se-extinguir, ou inutilisar (29).

Art. 616. No caso de venda, ou troca, o foreiro deve primeiro notifical-a ao senhorio, declarando-lhe o prêço, ou a cousa permutada; e ao senhorio compete o direito de preferir, tanto por tanto, á qualquer outro adquirente (30).

---

(29) Alv. de 21 de Janeiro de 1766, cuja disposição, supposto relativa á ruina dos prazos por occasião do terremoto de 1755, deriva de uma razão geral, que a doutrina tem canonisado — *res perit tota liberatur emphyteuta*—. Para escusa da solução os Praxistas tambem applicão a Ord. L. 4° T. 27, que trata da esterilidade por casos fortuitos, mas esta Ord. refere-se aos arrendamentos — Vid. Art. 657.

3.ª ED.

A *evicção* do immovel aforado equivale á *extincção* delle. O senhor directo (Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 173) póde *assistir* ao emphyteuta demandado pela reivindicação. E' outro caso de *autoria*, e *assistencia*, como no do Art. 576 *supra*. Vid. Not. á esse Art. 576, e Alm. e Souz. Dir. Emphyt. §§ 1285, 1286, e 1287.

(30) Ord. L. 4° T. 11 § 3°, e T. 38 *princ*. A notificação judicial só é precisa, se o senhorio extrajudicialmente avisado se-porta com inacção; e não quer optar, nem prestar seu consentimento. Qual a marcha pratica em taes casos, veja-se Lob. Dir. Emphyt. §§ 929 e seguintes.

Declarado o preço ao senhorio, e querendo elle exercêr seu direito de opção por esse preço declarado, podem os contrahentes arrependêr-se da compra e venda? Resolve-se negativamente no Repert. das Ords. T. 1° pag. 228, e T. 2° pag. 556. Não se-póde, porém conciliar esta solução com a faculdade de arrependimento, que sempre tem as partes antes da assignatura da escriptura de venda. Não havendo venda, não sei em que se-offende o direito do senhorio directo.

3.ª ED.

O direito de preferir o senhorio tanto por tanto á qualquer outro adquirente é um — *jus protimeseos* — (Art. 554 Not. *supra*) constituido pela Lei, ou subentendido nos aforamentos. Tem o nome de — *direito de opção*, — *direito de prelação*.

Art. 617. Concede-se ao senhorio trinta dias para deliberar, e exercêr seu *direito de opção*. Não deliberando, ou não satisfazendo o prêço no referido prazo, fica livre ao foreiro vendêr a cousa á quem quizer (31).

(31) Ord. L. 4° T. 38 *princ*. Só tem logar a vendá do immovel aforado em sua integridade, não sendo licito dividir o prazo — Ord. L. 4° T. 36 § 7°, T. 96 § 23, Alv. de 6 de Março de 1669 (Arts. 112, e 1186).

Deliberando o senhorio directo pela alienação do prazo, e dando a licença, póde sêr realisada a alienação ainda antes de terminar-se o prazo de trinta dias. Poderá porém o senhorio dentro deste prazo variar de vontade? Creio que não.

Quanto á terrenos de marinha, o Av. n. 19 de 11 de Janeiro de 1856 declara, que podem sêr alienados em parte, uma vêz que os foreiros paguem um fôro proporcional á parte com que ficarem, visto que o direito dos senhorios directos é renunciavel. O Av. n. 324 de 3 de Outubro do mesmo anno suppõe essas transferencias parciaes do dominio util de terrenos de marinha, mandando lavrar novos termos de aforamento, e expedir-se os necessarios titulos, sem todavia impôr-se aos novos foreiros condições diversas das dos anteriôres aforamentos. A divisibilidade dos terrenos de marinha tambem é reconhecida na Circ. n. 288 de 8 de Outubro de 1859, a qual declara, que só foi este o fim dos citados Avisos de 11 de Janeiro, e 3 de Outubro, de 1856; e não relevar os foreiros da pena de commisso, quando alienão sem consentimento os terrenos de marinha no todo ou em parte.

3.ª ED.

Dividido o prazo por consentimento do senhorio *(glebas)* nenhum dos consortes fica responsavel pela totalidade do fôro, e o senhorio receberá delles suas respectivas quotas. Dividido o prazo sem consentimento do senhorio, ou por consentimento com protesto de não dividir-se o fôro; os consortes podem ser obrigados pelo senhorio á nomear um — *cabecel* —, ou — *cabeça* —, que pelo fôro responda integralmente, cobrando dos outros suas partes. Este, em compensação, tem o *direito de opção*, se o senhorio não quizér exercêl-o. Antigamente o *cabecel do prazo* chamava-se *pessoeiro*, — *cabedaleiro*, *cabedeleiro*; e o direito de sêr *cabecel do prazo* chamava-se — *pessoadego, pessoadigo*.

Art. 618. Não optando o senhorio, compete-lhe mais o direito de recebêr o laudemio de dois e meio por cento do valor da venda, ou alienação, se no contracto de aforamento não se tivér estipulado outro laudemio (32).

Art. 619. O laudemio será pago nos casos de venda, ou troca, tanto do valôr do terreno aforado, como do valôr das suas bemfeitorias (33).

Art. 620. Na troca de uma propriedade foreira por outra da mesma natureza deve-se pagar laudemio de ambas, quer ellas tenhão igual valôr, quer uma valha mais que outra (34).

(32) Ord. L. 1° T. 62 § 48, e L. 4° T. 38 princ. — *pagará ao senhorio a quarentena* (de quarenta um), *ou o conteúdo em seu contracto* —. As licenças para venda, troca, ou traspasso, de propriedades foreiras á Fazenda págão sello fixo — Decis. n. 60 de 25 de Junho de 1850. Nas vendas paga-se, além do laudemio, a competente siza, e nas doações excedentes à taxa legal da insinuação paga-se os 4 °/o da Tabella de 1841, que substituio a de 1838 — Ord. de 28 de Março de 1840, e Decis. n. 251 de 19 de Novembro de 1853.

Deve-se laudemio, ainda que a venda seja feita com o pacto de retro. Devêr-se-ha porém, se o vendedôr a remir?

Quanto á laudemios de terrenos de marinha — Lei n. 60 de 20 de Outubro de 1838 Art. 9° § 27, e Ord. n. 193 de 12 de Julho de 1851.

3.ª ED.

Antigamente *laudemio* ou *quarentena* chamava-se — *terradego*. — Ao Conego da Sé de Coimbra, cobradôr dos *terradegos* ou *laudemios* pertencentes ao Cabido, chamava-se — *terradegueiro* —. *Laudemio* vem — *a laudandó* — (Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 552).

(33) Ord. de 28 de Março de 1840, e Decr. n. 467 de 23 de Agosto de 1846, que firmou a jurisprudencia á tal respeito, attendendo á indistincta disposição da Ord. L. 4° T. 38 princ.

(34) Av. n. 60 de 25 de Junho de 1850. Assim entendeu-se a Ord. L. 4° T. 38, não tendo lugar o argumento da siza para o laudemio. Vid. Art. 595 § 2°.

Art. 621. A obrigação de pagar laudemio pertence ao vendedôr da propriedade foreira, e não ao compradôr; e, na falta de pagamento, só o vendedôr omisso póde sêr demandado (35).

Art. 622. Pela alienação do immovel aforado por titulo de doação, ou dote, não se-deve laudemio ao senhorio (36); e do mesmo modo nos casos de reposições, ou tornas, em partilhas (37). (Art. 94)

Art. 623. As Corporações de mão-morta tem direito aos laudemios, como os outros senhorios, mas não podem exercêr o direito de opção (38).

Art. 624. Permitte-se entretanto, que qualquer dos individuos, que compoem as Corporações do Clero Secular, possão optar para si os bens foreiros á ellas pertencentes (39).

---

(35) Ord. L. 1° T. 62 § 48, L. 4° T. 38 princ., Decr. n. 656 de 5 de Dezembro de 1849.

Em contrario ao Direito Romano, que impõe ao comprador a obrigação de pagar o laudemio, por mais que se-molestassem alguns intrepretes.

(36) Ord. L. 4° T. 38 princ. A Ord. de 28 de Março de 1840, quanto ás doações de terrenos de marinha, estabeleceu o mesmo.

Tem-se limitado esta disposição ao caso, em que o dote fôr estimado; caso, em que se-suppõe uma venda feita ao marido. Ora, no dote não estimado, se não ha venda feita ao marido; dá-se alienação dos bens, que o dotador faz á molhér dotada.

(37) Alv. de 14 de Dezembro de 1775 § 9°.

(38) Lei de 4 de Julho de 1768. Está pois derogada a Ord. L. 1° T. 62 § 48, que dava ás Confrarias, etc., o direito de optar.

(39) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768 *in fin*. A condição—*comtanto que, em sua vida, ou por suas mortes, passem á pessoas leigas*—está derogada, como se póde vêr nos Arts. 71 e 72.

Art. 625. Compete igualmente ao senhorio o direito de consolidar o *dominio util* com o *directo*, quando o foreiro incorre na pena de commisso (40).

---

(40) Ord. L. 4 T. 38 § 1°, e T. 39. Verificando-se a consolidação, o senhorio deve pagar o valor das bemfeitorias—Lobão Dir. Emphyt. §§ 610 á 613.

3.ª ED.

Sobre a liquidação do preço, do *dominio directo*, e *dominio util* (bens emphyteuticos), para pagamento do imposto de transmissão de propriedade—Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7° ns. 2° e 3°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 25 ns. 3° e 4°. Vid. Not. ao Art. 62 *supra*.

« Dada a consolidação por commisso (*Direito* Rev. Ann. 2°—1874—pag. 697), e ao mesmo tempo o adimplemento de uma hypotheca sobre terreno, deve o credor hypothecario sêr preferido ao senhorio? »

Nada menos razoavel, que a resolução affirmativa desta questão, se de questão lhe cabe o nome! Não tem sombra de procedencia todas as razões allegadas para sustental-a!

Não a 1ª razão, porque, se a Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2° § 1° salvou o direito de opção, que ao senhorio compete; salvou assim expressamente o direito de consolidação por esta causa, e virtualmente o direito de consolidação por qualquer outra causa juridica, qual a do commisso. Nesta reserva, a Lei hypothecaria foi meramente declaratoria, mencionando o *caso ordinario* da consolidação por opção; sem que tencionasse, e tencionar podesse, excluir o *caso extraordinario* de consilidação por commisso. Não cabe aqui interpretar com o *nec distinguere debemus*, mas com a *eadem ratio eadem dispositio*:

Não a 2ª, porque as palavras da citada Lei hypothecaria Art. 10—*qualquer que seja a pessoa em cujo podêr se-acharem*—dando *direito de sequela* ao credôr hypothecario, presuppõe fundamentalmente o dominio do hypothecante, tal qual seja esse dominio; verdadeiro ou putativo, pleno ou semipleno, irresoluvel ou resoluvel, directo ou util; e *cessante causa cessat effectus*,—*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*—. A hypotheca de dominio util não é de dominio directo para que possa tiral-o á quem o-tem. A hypotheca não dá,

nem tira, dominio. Se a *transcripção* (Art. 8° § 4° da cit. Lei hypothecaria) não induz prova de dominio, se este fica salvo á quem fôr; muito menos a inscripção hypothecaria induz prova do dominio do hypothecante no immovel hypothecado; o dominio desse immovel, inteiro ou desmembrado, fica salvo á quem de direito.

Não a 3ª, porque o extremo caso oppôsto ao do *consentimento presumido* ou *tacito* em materia de contractos é aquelle, em que a escriptura publica, como na convencional hypotheca (Not. ao Art. 1279 Consolid.), é da substancia do contracto; e ainda mais, se o dominio util póde ser hypothecado *sem licença do senhorio* (Not. ao Art. 614 § 2° Consolid.), como ao inverso suppôr, que *sem licença do senhorio é presumida licença do senhorio*? Como applicar ao senhorio a *remissão* da Lei hypothecaria, se o senhorio não é adquirente novo exercendo seu direito de commisso, mas adquirente velho consolidante?

Não a 4ª, e ultima razão, porque a omissão do Art. 11 da Lei hypothecaria sobre os casos de *extincção da hypotheca* nada prova para este contravertido caso de commisso fundamentalmente subentendido. Tal omissão, ou silencio, suppre-se em bôa logica com o § 2° desse Art. 11 da Lei hypothecaria; porquanto a distruição da cousa hypothecada, com direito ao prêço da indemnisação do seguro, está na mesma razão da perda do dominio util por commisso, com direito salvo ao *prêço da opção*, ou ao valôr da indemnisação das bemfeitorias (Art. 616, e Not. ao Art. 625 Consolid.) Se o dominio superveniente do hypothecante (Art. 2° § 6° da Lei hypothecaria) revalida a hypotheca, em bôa fé contrahida; a superveniente opção, o superveniente commisso, invalidão a hypotheca, tambem contrahida em bôa fé. Convergem tambem para esclarecêr o caso os Arts. 142 §§ 5° e 6°, e 143 § 2°, do Regul. Hypothec. de 1865. Vid. Not. ao Art. 1273 Consolid.

Vid. Not. ao Art. 62 *supra*, e 915 *infra*.

A *consolidação* indica, que o *dominio util* e o *dominio directo* ficão solidos, volvendo o immovel para seu verdadeiro dono, ou seu herdeiro. Impropriamente se-diz, que o *usufructo* extingue-se pela *consolidação*, reunindo-se sobre a mesma cabeça as duas qualidades de usufructuario e de proprietario. Devêra-se dizêr, que o usufructo extingue-se pela *confusão*, como demonstrão varias Juristas Franceses, á que refere-se Demolombe Usuf. ns. 682 á 688. Havendo uma simples relação creditoria entre o usufructuario e o nú-proprietario, certamente ha *confusão*, juntando-se neste a qualidade de devedor. Será *confusão continua* na hypothese de *usufructos successivos*. Só haverá *consolidação* no usufructo, quando a cousa desfructada volvêr para seu verdadeiro dono ou seu herdeiro.

Art. 626. Incorre o foreiro em commisso.

§ 1.° Se deixou de pagar o fôro três annos consecutivos, sendo secular o prazo (41); e dois annos, sendo ecclesiastico (42):

§ 2.° Se vendeu, ou alienou, o prazo sem consentimento do senhorio (43).

Art. 627. A venda, ou alienação, que o foreiro fizér sem consentimento do senhorio, será nulla (44). (Art. 582 § 3.°)

Art. 628. Fica porém ao arbitrio do senhorio demandar a devolução dos bens por este motivo, ou compellir o foreiro á que os-recupére, e continúe no contracto (45).

Art. 629. Não evita o foreiro a pena de commisso, ainda que se-offereça á pagar os fóros atrazados, e ainda que o senhorio lh'os-receba; salvo, se á este aprouvér desistir expressamente do seu direito (46).

---

(41) Ord. L. 4° T. 39 princ.

(42) Cit. Ord. L. 4° T. 39 § 2°.

Quanto á foreiros de terrenos de marinha, que incorrêrem em commisso—Ord. n. 308 de 12 de Junho de 1841, Av. n. 376 de 12 de Novembro de 1856, e Circ. n. 288 de 8 de Outubro de 1859. A emphyteuse resultante das concessões de marinhas rege-se pelos principios dos prazos, segundo os quaes não é possivel reduzir-se a pensão—Ord. n. 295 de 12 de Outubro de 1859.

(43) Ord. L. 4° T. 38 § 1°.

(44) Cit. Ord. L. 4° T. 38 § 1°.

(45) Cit. Ord. L. 4° T. 38 § 1°.

(46) Ord. L. 4° T. 39 § 1°. A *acção de commisso* é muito odiosa, e não obstante o silencio da Lei os Praxistas tem mitigado seu rigôr com diversas excepções de defeza, que quasi sempre a-excluem.

Art. 630. Quando o prazo fôr ecclesiastico, será o foreiro relevado da pena, uma vêz que pague antes da citação judicial; ou mesmo depois, se a lide já não estivér contestada (47).

Art. 631. Verificando-se a consolidação por commisso, ou por falta de successão nos aforamentos vitalicios (48), ou na hypothese do Art. 1189, as Corporações de mão-morta só podem consolidar para o effeito de tornarem á aforar dentro de anno e dia (49).

Art. 632. Os bens assim consolidados devem continuar á sêr aforados pelos mesmos fóros, e laudemios, declarados nos anteriôres titulos, e sem obrigação de fazêr-se os aforamentos aos parentes dos ultimos possuidôres ao tempo da consolidação (50).

Art. 633. Esses aforamentos serão perpetuos, e como taes sempre reputados; sendo nullas as escripturas que de outro

(47) Cit. Ord. L. 4° T. 39 § 2°.

(48) Eis o outro caso de consolidação—*caducidade*—Ord. L. 4° T. 36 § 2°. O direito de consolidar por esta causa tornou-se quasi impraticavel: 1ª, porque a Ord. cit. só trata dos prazos de livre nomeação; 2°, porque a mesma Ord. foi por tal modo ampliada pelos §§ 25 e 26 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que raramente deixaria de havêr successor.

(49) Alv. de 12 de Maio de 1769, declaratorio da Lei de 4 de Julho de 1768. Supprimi as palavras—*á pessôas seculares com pena de devolução para a minha Corôa*—em conformidade com a disposição dos Arts. 71 e 72. Hoje é a unica hypothese, em que os Corpos de mão-morta podem retêr os bens por anno e dia, tendo cessado o disposto no § 1° da Ord. L. 2° T. 18 pelas razões consignadas em apoio do Art. 69.—Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 36 § 305 n. 3° é de opinião contraria.

(50) Lei de 4 de Julho de 1768, e Alv. de 12 de Maio de 1769.

modo se-celebrarem, e onde houvér excesso nos fóros, e laudemios, precedentemente estipulados (51).

Art. 634. Para o pagamento dos fóros, e laudemios, podem essas Corporações fazêr penhora nos rendimentos dos bens aforados; e nos proprios bens, se os rendimentos não bastarem (52).

Art. 635. Em falta porém de lançadôros, a adjudicação é prohibida, e as propriedades serão arrendadas pelo Juizo da Execução (53).

Art. 636. As Corporações, em tal caso, farão annual cobrança dos rendimentos até inteira satisfação dos fóros, e laudemios devidos, emquanto não houvérem compradôres (54).

Art. 637. A nomeação dos aforamentos vitalicios póde sêr feita por acto entre vivos, ou por disposição de ultima vontade (55). (Art. 1022)

Art. 638. Em acto entre vivos a nomeação póde sêr provada por escriptura publica, ou por testemunhas (56).

Art. 639. Mas a prova de testemunhas não é admissivel, quando houvér outra nomeação por escriptura publica (57).

Art. 640. A nomeação em testamento fica sem effeito, se o testamento fôr revogado, ou annullado (58).

(51) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768, e Cit. Alv. de 12 de Maio de 1769.

(52) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768.

(53) Cit. Lei de 4 Julho de 1768. Eis aqui um arrendamento judicial, que deve fazêr-se em hasta publica.

(54) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768. Exigia-se, que os compradores fossem seculares, o que hoje não tem vigôr.

(55) Ord. L. 4° T. 37 *per totum*.

(56) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 3°.

(57) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 3°.

(58) Cit. Ord. Liv. 4° T. 37 § 4°.—*Porquanto* (diz a Lei) *a nomeação feita em testamento revogado, ou havido por nenhum, é por isso mesmo havida por nenhuma, como se nun-*

Art. 641. A nomeação em testamento nuncupativo revoga a anteriór, ainda que esta fôsse feita em escriptura publica (59).

Art. 642. Se no aforamento deu-se ao foreiro a faculdade de nomear para o tempo da morte, póde elle revogar a nomeação por simples acto de revogação, ou fazendo nova nomeação (60).

Art. 643. Torna-se porém irrevogavel a nomeação nas circumstancias do Art. antecedente, quando o foreiro a-fizér com transferencia de todo o direito nos bens, embora reserve para si o usufructo (61).

Art. 644. Não se-fazendo no aforamento menção do tempo da morte, ainda que se-désse a faculdade de nomear, a nomeação não póde sêr revogada (62).

Art. 645. A nomeação revogavel caduca, quando o nomeado fallecêr antes do nomeante (63).

Art. 646. Se o aforamento fôr feito para marido e molhér, e para um filho que tivérem, o direito de nomear um dos filhos compete ao conjuge sobrevivente (64).

---

ca fosse feita—. Veja-se em contrario a Prov. de 9 de Março de 1767, que vem no Add. Ger. de Borg. Carneir. pag. 120. Não achei a Resol. de 18 de Março de 1766 citada por Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 566, exceptuando a nomeação feita em fórma de legado nos casos, em que os legados subsistem annullado o testamento. Talvêz fosse engano, porque a mencionada Prov. foi expedida em virtude da Resol. de 18 de Janeiro de 1767, e não de 18 de Março de 1766.

(59) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 3°.

(60) Cit. Ord. L. 4° T. 37 princ. *Todos os actos* (diz a Lei), *que são ordenados para o tempo da morte, se-podem mudar e revogar até a morte.*

(61) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 1° Vid. Art. 417 § 3°.

(62) Ord. L. 4° T. 37 § 2°.

(63) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 5°.

(64) Ord. L. 4° T. 37 § 6°.

Art. 647. Não havendo filhos, o conjuge sobrevivente poderá nomear um neto, ou neta, pôsto que no contracto só se-tivesse feito menção de filho (65).

Art. 648. Quando a pessoa, que é primeira vida, vendêr, ou alienar, o prazo; o comprador continuará á sêr primeira vida, emquanto vivêr o vendedor; e só por morte deste começará á sêr segunda vida, quem fôr então possuidôr do prazo (66).

Art. 649. Terá logar a disposição antecedente, se por occasião da venda, ou alienação, dos bens, outra convenção não fizérem as partes sob consentimento do senhorio (67).

CAPITULO VII

Da locação

Art. 650. São prohibidas, e nullas, as locações de gados, e animaes, por determinado numero de annos, e por certa pensão annual, ainda que perêção, sejão quaes fôrem as condições de taes contractos (1).

---

(65) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 6°.

(66) Ord. L. 4° T. 38 §§ 2° e 3°.

(67) Cit. Ord. L. 4° T. 38 § 4°.

(1) Ord. L. 4° T. 69, que figura três epecies de condições: 1ª, a da restituição dos animaes findo o arrendamento; ou do seu valor, se fôrem mortos:—2ª, a de isenção de restituição: —3ª, a da entrega de mais cabeças, que as recebidas; embora cresção, ou diminuão. O objecto deste contracto são todos os animaes, cuja criação e producção utilisão á agricultura e ao commercio, e, como diz a Ord., vaccas, porcos, cabras, colmeias. É o que se-chama em Direito Francez—*bail á cheptel*—, de que trata o Cod. Civ. nos Arts. 1800 á 1831. Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 849 dá-lhe o titulo de—*contractos de animaes á ganho*—, o que se não usa no Brazil, onde esses contractos são rarissimos. A nossa Lei, sempre propensa para

Art. 651. Pelo arrendamento, pôsto que de déz, ou mais annos, não se-transfere dominio algum para os arrendatarios (2).

---

a doutrina dos casuistas, profliga taes contractos, como—*illicitos por Direito*,—como usuras do rico contra o pobre,—*alias enim refunderetur Judicium Divinum super humeros pauperis conductoris, sine ejus culpa; et ideo talis contractus reputatur illicitus, et usurarius*—.

A locação é contracto *bilateral perfeito*, sempre *oneroso* e *consensual*. Póde sêr *civil*, ou *commercial*.

3.ª ED.

A locação é *commercial* nos restrictos termos do Art. 226 do Cod. do Com.. isto é, sempre que fôr contractada por *determinado tempo* e *preço certo*; e portanto é *civil*, sempre que fôr contratada sem determinação ou certeza de tempo e de preço. Rejeitar esta illação *a contrario sensu* é não querêr interpretação alguma para o cit. Art. 226 do Cod. do Com. Seu espirito é, que só pela certeza de tempo e de preço setem bases para o calculo arithmetico do lucro pecuniario. Vid. Not. ao Art. 679 *infra*.

De todas as locações commerciaes de cousas a mais notavel é a do *fretamento d'embarcações*, que rege-se por disposições peculiares, e minuciosas, quaes as do nosso Cod. do Com. Tal é a frequencia deste contracto,

(2) Alv. de 3 de Novembro de 1857, que perfeitamente concorda com a providencia da Lei de 4 de Julho de 1776 nos termos dos Arts. 607 e 608. Estão assim derogadas as Ords. em todos os logares, onde distinguem os arrendamentos de dez annos, ou mais; no presupposto de serem aforamentos, e de crearem—*direito real*—, como no Liv. 3º T. 47 princ., L. 4º T. 9º princ., T. 45 § 2º, e T. 48 § 8º. Dahi veio o costume de se-fazêrem arrendamentos por três nove annos, em vez de se-dizêr vinte e sete annos. A Lei de 12 de Outubro de 1833 Art. 3º mandou arrendar os Predios Nacionaes por qualquer prazo até o de nove annos. Mas o Av. n. 51 de 18 de Março de 1847 reconhece, que as locações e arrendamentos de bens de raiz dos particulares por longos prazos são premittidos pela nossa Legislação.

Se o nosso têxto diz, que pelo arrendamento não se-transfere dominio algum para os arrendatarios; não é aceitavel a proposição do Man. do Procur. dos Feitos Not. 1090, que transcrevemos na Not. ao Art. 593; nem tão pouco o Av. n. 367 de 6 de Novembro de 1856, que declarou sujeita á siza a cessão de um arrendamento, e direito ás bemfeitorias do arrendatario cedente. O que o Man. do Procur. dos Feitos no logar citado chama—*cessão de bemfeitorias da propriedade immovel beneficiada*—, e o que o mencionado Av. chama—*compra de arrendamento*—, não é mais que uma—*cessão de direitos pessoaes*—; que não está sujeita ao imposto da siza, da mesma maneira que quaesquer transferencias de direitos pessoaes; e por conseguinte as locações e sublocações de immoveis, e a cessão de direitos adquiridos por locatarios e sublocatorios. O imposto da siza recahe sobre a venda de immoveis, a venda tem por fim transferir dominio, e o arrendatario não adquire dominio no immovel arrendado, ainda mesmo que nelle tenha feito bemfeitorias, para que tenha dominio á transferir á seus cessionarios. As bemfeitorias são inseparaveis dos immoveis, em que forão empregadas; são accessorios delles, são com elles os predios urbanos e rusticos contemplados no Art. 50 *supra*. Se a siza presuppõe transferencia de direitos reaes sobre immoveis, como é possivel applica-la á transferencia de direitos, que não recahem sobre cousa alguma immediatamente, e só affectão a pessoa obrigada? Vid. Nots. aos Arts. 47 e 119.

Contradizem tambem a verdade do nosso têxto as palavras do Art. 12 § 2º do Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 sobre a decima urbana—*ibi*—« *Os proprietarios temporarios de bemfeitorias dos predios, que em consequencia de contractos tem sido, ou fôrem, reedificados ou melhorados*, etc. » Se taes contractos são arrendamentos, quem em virtude delles reedifica ou melhora os predios não é proprietario temporario das bemfeitorias, é arrendatario com direito pessoal de uso e gôzo; para o qual não se-transferio dominio algum, ou qualquer outro direito real. Vid. Not. ao Art. 607.

O Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 9º § 1º dispensava de sello proporcional os titulos de contractos de arrendamentos de predios urbanos ou rusticos, mas o último Regul. de 26 de Dezembro de 1860 declara no Art. 6º n. 11, que são sujeitos á sello proporcional os titulos de contractos de arrendamento de predios urbanos ou rusticos, e no Art. 8º n. 1º, que não pagão tal imposto os titulos de locação de predios.

Qual pois a differença entre a locação e o arrendamento de predios? E' sujeito ao sello proporcional (palavras do Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 14) a locação de predios rusticos, ou urbanos—*por prazo certo ou indeterminado*—; sendo porém isento deste imposto a que não contivér estipulação de prazo. Provavelmente houve erro typographico nas palavras—*prazo certo ou indeterminado*—, as quaes devem ler-se —*prazo certo ou determinado*—. A locação entende-se, que é de prazo indeterminado, ou porque as partes contractantes assim o declarárão, ou porque não estipulárão prazo algum.

3.ª ED.

Av n. 200 de 16 de Abril de 1869—Não é devida a siza de uma transacção, mediante a qual locatarios forão indemnisados do valôr de bemfeitorias no immovel arrendado, dando-se por findo o arrendamento.

A redacção deste Av. de 1869 é orthodoxa: Não ha no caso (suas palavras) venda de direitos reaes, e só sim uma transferencia do valôr de serviços, ou de direito *ad rem* mediante uma indemnisação.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870:

Art. 1°, 1ª Classe:—Devem pagar sello proporcional o *arrendamento* ou *locação*, e quaesquer titulos de transmissão de uso e gôzo de bens immoveis, moveis, e semoventes (Vid. Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 14 § 15)

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 21—E' devido o imposto (disposição heterodoxa) da cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, ou actos equivalentes:

§ Un. Exceptua-se a indemnisação de bemfeitorias pelo proprietario ao locatario (Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869).

Av. n. 397 de 28 de Outubro de 1874—Das cessões de arrendamentos de terrenos (decisão correctiva e orthodoxa) não é devido o imposto de transmissão de propriedade, mas sim o sello proporcional.

Av. de 3 de Fevereiro de 1875—Transferencia de estabelecimento rural em terras arrendadas (decisão heterodoxa consequencial do Regul. de 1874 Art. 21) está sujeita ao imposto de transmissão.

Note-se, que o Av. n. 397 de 28 de Outubro de 1874 foi posteriôr á esse Regul. de 1874.

Art. 652. O arrendamento não resolve-se pela morte de qualquer das partes contractantes, mas passa á seus herdeiros (3).

Art. 653. Não passa porém o arrendamento aos herdeiros, quando fôr de parceria, isto é, quando o arrendatario obrigou-se á cultivar o predio para partilhar os fructos delle (4).

---

(3) Ord. L. 4° T. 45 § 3°. Nada portanto mais falso, que o proverbio—*morte e casamento desfaz arrendamento*—, *mort et mariage rompent tout louage*.

Os herdeiros têm sempre obrigação de cumprir os contractos daquelles, á quem succedem—Ord. L. 4° T. 42 *in fin*.

Não procede porém a regra do têxto, quanto ao locador e locatario, quando tiverem estipulado, que o arrendamento se-resolva pela morte de qualquer delles. Não procede, quanto ao locador, quando fôr vitalicio o direito que elle tinha sobre a cousa arrendada; por exemplo, se era usufructuario della. Não procede, quanto ao locatario, se o seu fallecimento tornar impossivel o destino, para o qual a cousa foi arrendada, se tal destino foi declarado no contracto como clausula expressa ou virtual delle.

Por identidade de razão tambem não se-resolve o arrendamento:

1.° Pela fallencia do locador:

2.° Pela fallencia do locatario, salvo se a locação foi feita com prohibição de cedêr ou sublocar:

3.° Por incapacidade, que sobrevenha ao locador; por exemplo, se ficar demente, se fôr julgado prodigo; se fôr molhér, e tomar o estado conjugal:

4.° Por incapacidade, que sobrevenha ao locatario, salvo tambem se a locação foi feita com prohibição de cedêr, ou sublocar:

5.° Pela cessação da incapacidade do locador, ou do locatario; por exemplo, se fôr menor, e ficar maior ou emancipar-se; se fôr prodigo, ou demente, e cessar o interdicto.

(4) Ord. L. 4° T. 45 princ. O arrendatario em tal caso denomina-se—*colono parciario*—. A razão da Lei é, que o *arrendamento de parceria* participa da natureza do contracto de sociedade; o que confere com o § 4° da Ord. L. 4° T. 44, colligido no Art. 758 § 1° *infra*. O § 2° dessa Ord. L. 4° T. 45

Art. 654. Exceptua-se o caso de ao tempo da morte de qualquer das partes estarem os trabalhos da cultura do predio tão adiantados, que se-dêva esperar pela colheita (5).

Art. 655. O comprador da cousa alugada, ou arrendada, não é obrigado á respeitar a locação feita pelo vendedor, e póde despejar o locatario (6).

Art. 656. Nega-se este direito ao comprador da cousa alugada, ou arrendada:

§ 1.° Se no contracto da compra e venda obrigou-se á respeitar a locação (7):

§ 2.° Se depois do contracto consentio na conservação do locatario por qualquer modo (8):

§ 3.° Se a cousa arrendada foi geralmente, ou especialmente, hypothecada ao cumprimento da locação (9):

---

está duplicadamente revogado. Pela Lei de 4 de Julho de 1776, porque os arrendamentos, ou aforamentos, de terras não incultas reputão-se meras locações, que pelas regras destes contractos devem ser julgados. Pelo Alv. de 3 de Novembro de 1757, porque arrendamentos de mais de dez annos não são aforamentos. O § 4° dessa mesma Ord. L. 4° T. 45 só diz respeito á lavoura de Portugal.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 14:—São isentos do sello proporcional *contractos de parceria* celebrados com colonos. (Vid. Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 14 n. 14)

(5) Cit. Ord, L. 4° T. 45 § 1°.

(6) Ord. L. 4° T. 9° princ. O Art. 1743 do Cod. Civ. Francez seguio o contrario.

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 9° princ.

(8) Ord. L. 4° T. 9° princ..

(9) Ord. L. 4° T. 9° princ.

Pela novissima Lei hypothecaria essa hypotheca em garantia do arrendamento já não póde sêr geral: sendo especial, deve-se cumprir o disposto no Art. 4° da cit. Lei, o qual

§ 4.° Se o locatario se-offerecêr á pagar ao comprador as pêrdas, e interesses, que lhe-possão resultar da subsistencia da locação (10).

Art. 657. O arrendatario de predios frugiferos fica desobrigado de pagar a renda annual, se os fructos se-perdêrão completamente por caso insólito; como o de inundação, incendio, sêcca, invasão de inimigos, e outros semelhantes (11).

Art. 658. Se a pêrda dos fructos fôr parcial, o arrendatario ficará desobrigado de pagar a renda, se entregar ao locadôr a colheita salva, reservando para si as sementes (12).

Art. 659. Mas, se nos outros annos do arrendamento, antes ou depois do anno esteril, a producção fôr extraordinariamente abundante, guardar-se-ha o dispôsto no Direito Commum (13).

Art. 660. A pêrda de fructos, occasionada por acontecimentos ordinarios; ou por culpa, impericia, ou negligencia, do arrendatario, não o-livra de pagar a renda estipulada (14).

---

exige, que a hypotheca seja por quantia determinada. Para aproveitar portanto o disposto na Ord. L. 4° T. 9° sobre a hypotheca do immovel arrendado ao cumprimento do contracto, cumpre declarar na escriptura a quantia, pela qual fica hypothecado, quantia representativa do prejuizo do arrendatario no caso de não ser respeitado o arrendamento por motivo da venda do immovel.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 9° § 1°.

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 27 princ. É o que se-chama—*encampação*—. Quanto á encampações, ou remissão aos rendeiros e contractadores de rendas publicas, veja-se a Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 2° § 34.

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 27 § 1°.

(13) Cit. Ord. L. 4° L. 27 § 1°. Guardar-se-ha o Direito Commum, isto é, com os interresses do anno abundante se-deve satisfazer a falta do anno esteril—L. 15 § 4° Dig. *loc. cond.*, L. 8ª Cod. *de locat.*

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 27 § 2°.

Art. 661. Emquanto durar o tempo da locação, o locatario póde retêr a cousa alugada, ou arrendada; pagando o aluguel, ou a renda, nos prazos convencionados (15).

Art. 662. Findo o tempo da locação, se o lacatario não restituir a cousa alugada, ou arrendada; será condemnado á restitui-la, e á pagar outro tanto do valôr della (16).

Art. 663. Não é licito ao locatario retêr a cousa com o pretèxto de dominio, e só póde retê-la por despezas; ou bemfeitorias necessarias, ou uteis, que tenha feito, até que seja pago do valôr dellas (17).

---

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 54 § 2°.—Cod. do Com. Art. 228.

(16) Cit. Ord. L. 4° T. 54 princ. A mesma disposição quanto ao commodato. Veja-se o Art. 506, e sua Not., onde já se-disse, que tal pena não está em uso. Pratica-se o disposto no Art. 230 do Cod. do Com., comminando o locador a renda, que se-lhe-deve pagar pela demora.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 54 §§ 1° e 3°. Vid. Arts. 507, 508, e 509.

O locatario, nem póde allegar, que a cousa alugada, ou arrendada, lhe-pertence; nem que pertence á outra pessôa, que não o locador. Prevalece esta regra, quando *por erro* alugou, ou arrendou, sua propria cousa, ou quando o locador lh'a vendeu depois da locação, ou a cousa foi arrematada ou adjudicada por execução de credor seu? Vid. Lob. Acc. Sum. T. 2° Dissert. 12.

Bemfeitorias necessarias são aquellas, sem as quaes a cousa não poderia sêr conservada. *Bemfeitorias uteis* são as que, não sendo indispensaveis para conservação da cousa, são todavia de manifesto proveito para qualquer possuidor della. O locatario não póde retêr a cousa alugada, ou arrendada, por *bemfeitorias voluptuarias*, que são as de mero luxo ou recreio, ou de exclusiva utilidade para quem as-fêz. A nossa lei não exige para essa retenção de bemfeitorias, que o locador tenha autorisado o locatario á fazê-las, e se-tenha obrigado á paga-las; o que é tão injusto, quanto no caso do Art. 670 não admittir retenção por bemfeitorias autorisadas pelo locador.

Art. 664. Ninguem póde retêr a casa alheia, ou nella habitar, sem consentimento do proprietario, ainda que se-offereça a pagar aluguel (18).

Art. 665. Findo o tempo do contracto, o inquilino não póde embaraçar o despejo com opposição suspensiva, salvo mostrando que fêz bemfeitorias com expresso consentimento do senhorio, e provando-as em continente (19).

Art. 666. Trinta dias antes de findar o contracto o locador deve intimar o inquilino para despejar a casa, ou continuar na locação, se lhe-parecêr (20).

Art. 667. Intimado o inquilino para continuar na locação, se nada respondêr em três dias, fica obrigado ao aluguel do anno seguinte (21).

Cessa o direito de retenção, e a cousa deve sêr restituida ao locador, ainda que o locatario não tenha sido pago do valor das bemfeitorias, e despezas; se, requerida a liquidação dellas, o locador depositar, ou caucionar, o valor jurado pelo locatario.

(18) Ord. L. 4° T. 23 princ., e Ass. 1° de 23 de Julho de 1811.

(19) Ass. 1° de 23 de Julho de 1811. O outro caso de—*aposentadoria legitimamente concedida*—cessou pela Lei das Côrtes Portuguêzas de 25 de Maio de 1821, que abolio todos os privilegios de aposentadoria. Esta Lei foi uma das recebidas pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823.

Qual o meio de provar o expresso consentimento do locador para o inquilino fazêr bemfeitorias? Domina a regra do Alv. de 30 de Outubro de 1793, consolidada no Art. 368 *supra*. Provado esse consentimento, o inquilino póde retêr a casa arrendada, mas não se-segue têr o senhorio obrigação de lhe-pagar bemfeitorias. Incumbe ao inquilino provar, que o senhorio obrigou-se á paga-las.

(20) Ord. L. 4° T. 23 § 1°.

(21) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 1°.

Art. 668. Não tendo havido prévia intimação, está no arbitrio do inquilino deixar a casa, ou nella continuar, pagando o aluguel (22).

Art. 669. Ainda antes de findar o tempo do contracto, o inquilino póde sêr despejado pelo locador nos casos seguintes :

§ 1.° Se não pagar o aluguel nos prazos convencionados, ou de costume no logar (23) :

§ 2.° Se damnificar a casa, ou della usar para fins illicitos, e deshonestos (24) :

§ 3.° Se a casa carecêr de obras, e reparos, incompativeis com a conservação do inquilino ; contanto que, acabados os reparos, o tempo do contracto seja preenchido (25) :

---

(22) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 2°. Essas intimações não se-usão entre nós, e as casas são alugadas quasi sempre sem contracto por escripto, e *ad libitum* dos inquilinos, exceptuados os arrendamentos das grandes propriedades. O Alv. de 22 de Maio de 1771 é relativo á edificios de Lisboa.

3.ª ED.

Sem uso entre nós a primeira intimação dos inquilinos para continuarem na locação, fica sem applicação a doutrina sobre *reconducção tacita*, ou *relocação tacita*.

(23) Ord. L. 4° T. 24 princ.

3.ª ED.

Sobre o sello proporcional em relação aos recibos ou quitações de locações, veja-se a Not. ao Art. 824 *infra*.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 24 princ.

— *Se damnificar a casa*—: por exemplo, se por si ou por outrem nella estabelecêr alguma officina insalubre, ou nella tivér animaes immundos ou damninhos.

— *Para fins illicitos e deshonestos*—: por exemplo, se por si, ou por outrem, usar della para casa de jogo, ou de prostituição, ou para reuniões tumultuosas.

(25) Cit. Ord. L. 4° T. 24 princ.

Está claro, que não correm os alugueres durante a interrupção.

§ 4.° Se, por caso novo, e imprevisto, o proprietario precisar do predio para sua habitação, ou de seus filhos e irmãos (26).

Art. 670. Nestes casos de despejo não se-admitte opposição suspensiva do inquilino, ainda mesmo tendo feito bemfeitorias autorisadas pelo senhorio (27).

Art. 671. A acção de despejo de casas é summaria (28). Pelo competente Official de Justiça será requerido o inquilino com declaração do motivo do despejo, e ulteriórmente despejado, se o não fizér voluntariamente (29).

---

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 24 princ. Disposição bem injusta!

(27) Ass. 1° de 23 de Julho de 1811 nas palavras—*quantò a primeira referida Ordenação*—, esclarecido pelo de 8 de Junho de 1816, o qual diz - *estes casos não forão exceptuados, nem podião sêr á vista de sua natureza*—. Todavia na pratica do Fôro não se-faz tal distincção, e applica-se o Ass. de 23 de Julho de 1811, tanto ao despejo da Ord. L. 4° T. 23 § 1° (Arts. 665 e 666), como ao outro anticipado da Ord. L. 4° T. 24 princ. (Art. 669)

(28) Ord. L. 3° T. 30 § 3° *in fin*.

(29) Ord. L. 4° T. 24 § 1°. Ha muito tempo, que esta disposição não se-observa, e os Praxistas a-entendem nos devidos termos. Entre nós a acção de despejo de casas é precedida de conciliação no Juizo de Paz, e depois se-a-intenta no Juizo Contencioso, citando-se o inquilino para despejar em 24 horas, ou em outro termo. Deve-se logo exhibir no começo da acção o conhecimento da respectiva decima urbana—Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 14. Não se-admitte (praxe desta Côrte), que o sublocador a-proponha sem procuração do proprietario do predio.

3.ª ED.

Não obstante a praxe desta Côrte, que não admitte o *sublocadôr* á demandar o despejo do *sublocatario* ou *subarrendatario* sem procuração do proprietario do predio, prevalece a doutrina da faculdade de sublocar, quando a *sublocação* não foi expressamente prohibida em contracto escripto.

Art. 672. Verificando-se depois, que o despejo foi maliciosamente requerido, o inquilino tem direito de habitar na casa pelo tresdôbro do tempo, que lhe-faltava para preenchêr o contracto, e sem pagar aluguel (30.)

Art. 673. A acção para cobrança de alugueres é executiva, podendo o proprietario mandar fazêr a penhora pelo Official do logar, sem outra autoridade de Justiça (31).

Art. 674. Estão sujeitos á essa penhora os moveis, que na casa existirem, ainda que não sejão do inquilino (32). (Art. 1270 § 7.°)

Art. 675. Tendo sido a penhora injustamente feita, por estar o proprietario pago do aluguel, ou de parte delle; incorrerá na pena de satisfazêr ao inquilino em tresdôbro o que

---

(30) Cit Ord. L. 4° T. 24 § 1°. Desta disposição resulta, que a simples allegação de algum dos quatro casos do Art. 669 basta para o despejo sêr deferido sem necessidade de prova anticipada. Se assim não fôra, a Lei não imporia pena ao senhorio, que obtem o despejo por falso pretexto. Na praxe actual é sempre difficil conseguir o despejo desde logo, quando o inquilino apresenta seu contracto de arrendamento.

(31) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 3°, e T. 57 § 1°. Tambem não se-observa este modo de proceder. Requer-se ao Juiz mandado de penhora executiva, e a conciliação se-faz posteriormente á diligencia; reputando-se este caso comprehendido no Art. 5° da Disp. Provis., e não no Art. 6°, que dispensa a conciliação nas execuções. A juncção do conhecimento da decima tambem é necessaria, nos termos do Art. 14 do cit. Regul. de 16 de Abril de 1842.

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 3°, Alv. de 24 de Julho de 1793 § 2°.

3.ª ED.

Aos moveis das casas dá-se o nome de—*mobilia*,—*trastes*. Veja-se Coelh. da Rocha Dir. Civ. § 78 Not.

lhe-pedio de mais, continuando este á morar na casa o tempo necessario para tal satisfação (33).

Art. 676. Os inquilinos podem conservar-se nos predios por tanto tempo, quanto baste para reembôlso das decimas, que pagarem, não pagas pelos proprietarios nos prazos da Lei (34).

Art. 677. Os Vereadôres, e Officiaes, das Camaras Municipaes; os Administradôres das Confrarias, Misericordias, Hospitaes, e de outros Estabelecimentos da mesma natureza; não podem arrendar bens das Corporações, em que servirem (35).

Art. 678. O arrendamento de bens adjudicados, e incorporados nos Proprios da Fazenda, não póde sêr feito aos devedôres de quem proviérão, nem á seus parentes (36).

---

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 3°. Nunca vi executar semelhante pena, que é desconhecida em nosso Fôro.

« Dado e provado o caso da Lei (Rebouças Observ. á este Art.), guardadas as formulas estabelecidas, não é crivel, que Juiz algum deixasse de julgar em sua conformidade. »

Não digo o contrario, digo apenas que tal sancção não é usada em nosso Fôro, posto que a Ord. L. 4° T. 23 § 3° seja frequentemente citada.

(34) Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 12 § 4°.

(35) Alv. de 6 de Dezembro de 1603, de 23 de Julho de 1766 § 1°, e Lei do 1° de Outubro de 1828 Arts. 43 e 44.

(36) Ord. L. 2° T. 53 § 8°.

Os terrenos dos *proprios* dão-se de arrendamento, assim como os predios, e edificios—Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 21, e por tempo não excedente de nove annos—Decr. de 12 de Outubro de 1833 Art. 3° (Not. ao Art. 651); mas as *terras devolutas* não se dão de arrendamento, por não serem comprehendidas nos *proprios*, embora sejão nacionaes—Av. n. 43 de 16 de Março de 1847, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 1°, e Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 5°.

CAPITULO VIII

Da locação de serviços

Art. 679. Os mestres, empreiteiros de obras, não tem direito de rescindir por lesão os contractos que fizérem (1).

3.ª ED.

Av. n. 281 de 11 de Setembro de 1867—Os contractos de arrendamento dos proprios nacionaes só podem sêr feitos pelo Thesouro, e por prazo não excedente de nove annos.

(1) Ord. L. 4º T. 13 § 8º, por excepção da regra do Art. 359. Os contractos de empreitada não págão sello proporcional—Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 9º § 4º. Sobre estes contractos o Cod. do Com. Arts. 231 e seguintes supprio o silencio da nossa legislação civil.

O ultimo Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 8º n. 1º declara isentos de sello proporcional os titulos de locação de serviços de qualquer natureza, comprehendidos os de colonos, criados, officiaes, e jornaleiros, livres ou escravos; mas revogou o supracitado de 1850, sujeitando no Art. 6º n. 12 á sello proporcional os titulos de contractos de empreitada.

Qual a locação *civil* de serviços, qual a *commercial?* Questão difficil, que depende de minuciosa analyse.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 10—São isentos do sello proporcional *contractos de empreitada*, ou *locação de serviços*, em que o empreiteiro ou locadôr, apenas fornêça o proprio trabalho, ou industria. (Vid. Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1.º)

Logo, págão esse sello, quando o empreiteiro, alem da *mão de obra*, encarrega-se de fornecêr a materia.

A difficil questão da differença entre a *locação de serviços mercantil* e *civil* resolvi pelo modo, que achar-se-ha no Direito Rev. Vol. 9º pags. 193 e 423, em refutação de um trabalho do Sr. Dr. Ribas na mesma Rev. Ann. 1º pag. 3. O caracter differencial é o mesmo da *locação de cousas* por intetpretação litteral do Art. 226 do Cod. do Com.—*tempo certo e preço certo*—, inabalavelmente fixado nesta 3.ª Ed. ao Art. 650 *supra*. Está entendido, que só serviços corporeos, ou mais corporeos que espirituaes, alimentão a *locação de serviços* (*locação d'obras*). Serviços espirituaes, ou mais espirituaes que corporeos, como no *mandato*, *commissão*, *preposição*, e outros contractos innominados de locação com representação, não são objectos da locação de serviços.—Salvas estas distincções, a *locação de serviços* comprehende os de quaesquer *trabalhadôres*, *operarios*, *officiaes*, *marinheiros*, etc.

— Quando os locadôres de serviços trabalhão, ganhando um tanto por dia, chamão-se—*jornaleiros*—, e seu ganho tem o nome de—*jornal*—. Os *carreteiros*, *alquiladôres*, *recoveiros*, *almocreves*, *tropeiros*, *barqueiros*, etc., fazem contractos mixtos de *locação* e *commissão de transporte*.

Art. 680. Havendo contracto expresso entre amos e criados, guardar-se-ha o convencionado (2).

Art. 681. Não o-havendo, a soldada será regulada segundo o costume do logar, tempo do serviço; e a qualidade delle, e do criado (3)

Art. 682. O amo póde descontar na soldada o valôr do damno, que o criado lhe-causar (4).

Art. 683. Para têr, porém, acção contra o criado, deve protestar pela sua indemnisação no acto da despedida (5).

---

(2) Ord. L. 4º T. 29 princ., e T. 31 § 9º.

3.ª ED.

Av. n. 33 de 21 de Janeiro de 1863—Nacionaes, que tiverem de sahir para fóra do Imperio, como criados, não sejão habilitados pela Repartição da Policia, sem que exhibão contracto, no qual fique estipulada a obrigação de lhes-pagarem os amos a passagem de volta.

(3) Ord. L. 4º T. 29 princ. A Ord. L. 4º T. 30, e a do T. 31, sobre as taxas das soldadas, além de não convirem ao tempo actual, dizem respeito á antigos costumes de Portugal.

(4) Ord. L. 4º T. 35 princ.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 35 princ.

Art. 684. Concede-se ao amo quatro dias para provar o damno causado pelo criado, e só se-lhe dará mais tempo no caso de pagar logo a soldada (6).

Art. 685. O amo póde despedir o criado antes de findo o tempo do contracto, mas deve pagar-lhe a soldada por inteiro (7).

Art. 686. O criado, que sem justa causa deixar a companhia do amo antes do prazo convencionado, será judicialmente compellido á acabar o tempo do serviço (8).

Art. 687. Não tendo em tal caso recebido a soldada, o amo ficará desonerado de pagal-a; e tendo-a recebido, deve restituil-a, e servir sem vencimento todo o tempo que faltava (9).

Art. 688. Se o criado fôr menor, e fugir por culpa do amo em razão de o maltratar, não será obrigado á servir o tempo convencionado, e terá direito á soldada vencida (10).

Art. 689. Se fugir por sua propria culpa, será compellido á cumprir o contracto, e á servir mais outro tanto tempo, quanto o que andou fugido. Não excedendo de seis mezes esta pena (11).

Art. 690. Mas o amo não tem obrigação de aceital-o um mez depois de fugido, e só pagar-lhe-ha o tempo do serviço (12).

---

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 35 § 1°. Não existe tal processo em nosso Fôro.

(7) Ord. L. 4° T. 34.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 34.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 34.

(10) Ord. L. 1° T. 88 § 17.

(11) Cit. Ord. L. 1°. T. 88 § 17.

(12) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 17.

Art. 691. A acção de soldadas é summaria, e sua prova depende de escriptura publica, quando a quantia passar da taxa da Lei (13). (Arts. 865, 866, e 867)

Art. 692. Não excedendo de 30$000 rs. a soldada em demanda, basta para absolvição do amo seu juramento á respeito da paga; uma vêz que em substancia deponhão alguns dos outros familiares, que a-virão fazêr (14).

Art. 693. Tratando-se de quantia maior, basta a quitação particular do criado por elle feita e assignada; e não sabendo escrevêr, assignada por alguem á seu rôgo, e mais outra testemunha (15).

Art. 694. Tambem é prova sufficiente do pagamento da soldada a declaração do amo em verba testamentaria, se fôr do numero das pessoas qualificadas do Art. 369 §§ 5° e 6° (16).

Art. 695. O legado deixado pelo amo ao criado presume-se destinado ào pagamento da soldada, sendo que o testador não se-tenha enunciado diversamente (17).

CAPITULO IX

Da locação de serviços de estrangeiros

Art. 696. O contracto de locação de serviços, celebrado no Imperio, ou fóra para se-verificar dentro delle, pelo qual

---

(13) Ord. L. 3° T. 30 § 2°.

(14) Ord. L. 4° T. 33 princ., e Alv. de 16 de Setembro de 1814, que triplicou a taxa.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 33 § 1°.

(16) Cit. Ord. L. 4° T. 33 § 2°.

(17) Ord. L. 4° T. 31 § 11.

algum estrangeiro se-obrigar como locador, só póde provar-se por escripto (1).

(1) Lei de 11 de Outubro de 1837. Esta Lei substituio a de 13 de Setembro de 1830, que está de nenhum vigôr. Ainda que na de 1830 Art. 1° se diga—*um Brazileiro ou Estrangeiro*—, vê-se pelo contêxto, que só regulou-se a locação de serviços de estrangeiros no interesse da colonisação; do mesmo modo que na de 1837, onde a materia foi melhor considerada. Em uma, e outra, affectou-se ao Juizo de Paz o privativo conhecimento sobre taes locações; e tanto cessou a primeira, que o Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 1°, descrevendo os casos de jurisdicção civil dos Juizes de Paz, só menciona no § 4° a Lei de 1837. O Av. de 13 de Maio de 1851 firma a competencia do Juizo de Paz neste assumpto. Transcrevo quasi textualmente a Lei de 1837, dividindo apenas alguns de seus Artigos; e nem eliminei disposições, que pertencem ás leis do processo. Os titulos desses contractos, ou tenhão o nome de *locação de serviços de colonos*, ou de *engajamento*, são isentos do sêllo proporcional—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 9° §§ 2° e 4°, e n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 8° n. 1°.

— *Só póde provar-se por escripto*—: Pôstoque por estas palavras parêça, que a fórma escripta só é exigida para prova do contracto, o Art. 740 *infra* obriga á entendêr o contrario. Se esse Art. 740 determina, que nenhuma acção derivada de locação de serviços seja admittida em Juizo, se não fôr logo acompanhada do titulo do contracto; segue-se, que não é admissivel a prova de confissão judicial, e portanto a fórma escripta é da essencia de tal contracto. Reconheço todavia, que este raciocinio não é decisivo, attendendo-se á Ord. L. 3° T. 20 § 22, e ao Ass. 5° de 23 de Novembro de 1769.

« Por effeito da Lei de 11 de Outubro de 1837 (Rebouças Observ. á este Art.), que revogou as leis em contrario, póde-se dizêr, que a de 13 de Setembro de 1830 ficou por ella revogada na parte, em que deu providencias sobre os contractos de locação de serviços de estrangeiros, que é o objecto da mesma Lei posterior de 11 de Outubro de 1837; e não, emquanto a Lei de 13 de Setembro de 1830 geralmente estabelece a maneira, por que deve sêr mantido o contracto por escripto, pelo qual um Brazileiro ou estrangeiro, dentro ou fóra do Imperio, se-obriga á prestar serviços por tempo determinado, ou por empreitada; havendo adiantamento, no todo, ou em parte, da quantia contractada, etc. »

Tendo novamente meditado esta materia, aceito a censura.

3.ª ED.

Av. n. 48 de 22 de Março de 1859— Qualquer que seja o tempo de serviço, que tenhão prestado os *Africanos Livres*, não estão autorisados os Juizes de Orphãos para decidirem á respeito de sua emancipação, o que compete somente ao Govêrno Imperial.

Av. n. 213 de 11 de Agosto de 1864— As Cartas de emancipação dos *Africanos Livres* devem sêr passadas independentes de quaesquer emolumentos.

Decr. n. 3310 de 24 de Setembro de 1864— Concede emancipação á todos os *Africanos Livres* existentes no Imperio.

Art. 697. Se o ajuste fôr tratado com interferencia de alguma Sociedade de Colonisação, reconhecida pelo Govêrno no Municipio da Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, os titulos por ella passados, e as certidões extrahidas dos seus livros, terão fé publica para prova do contracto.

Art. 698. Sendo os estrangeiros menores de vinte e um annos, e não estando presentes seus pais, tutores, ou curadores, com os quaes se-possa validamente contractar, serão feitos os contractos com assistencia de um Curadôr, sob pena de nullidade.

Art. 699. Esse Curadôr será igualmente ouvido em todas as duvidas e acções, que dos mesmos contractos se-originarem, quando algum menor fôr parte, tambem sob pena de nullidade.

Art. 700. Para este fim, em todos os Municipios, onde houvérem Sociedades de Colonisação existirá um Curadôr Geral dos Colonos; nomeado pelo Govêrno na Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, sobre proposta das Mesas de Direcção das mesmas Sociedades.

Art. 701. Nos outros Municipios serviráõ os Curadôres Geraes dos Orphãos (2).

Art. 702. Nas faltas, ou nos impedimentos, de uns e outros, nomearáõ as sobreditas Mesas de Direção para celebração dos contractos, e os Juizes respectivos para as acções que se-movêrem, pessoas idoneas, que os-substituão.

Art. 703. Não apresentando os menores documento legal de sua idade, attendêr-se-ha na occasião do contracto á que elles declararem, e parecêr que tenhão.

Art. 704. O documento legal da idade posteriórmente apresentado não annullará o contracto, mas prevalecerá a idade estimada para o effeito somente da validade do contracto.

Art. 705. E' livre aos estrangeiros de maior idade ajustarem seus serviços pelos annos, que lhes-parecêr.

Art. 706. Mas os menores não poderáõ contractar-se por tempo, que exceda á sua maioridade, excepto se fôr necessario obrigarem-se por maior prazo.

3.ª ED.

(2) A Curadoria Geral dos Orphãos é Officio creado pelo costume sem Lei, que previamente mandasse creal-o. Sua legalidade vem de creações locaes. Vid. Av. n. 115 de 27 de Abril de 1855, n. 13 de 15 de Janeiro de 1858, n. 136 de 31 de Maio de 1859, n. 328 de 29 de Julho de 1861, n. 514 de 5 de Novembro de 1862, n. 547 de 21 de Dezembro de 1863, e n. 546 de 23 de Novembro de 1869.

Av. n. 435 de 16 de Novembro de 1875—A substituição do *Curadôr Geral dos Orphãos* é um acto de jurisdicção plena, que, só na falta do Juiz da Provedoria, e de todos os Juizes effectivos, pode exercêr o Substituto da Vara de Orphãos.

O Curadôr Geral dos Orphãos (e o de Africanos livres) será substituido por Advogados, que o Juiz dos Orphãos interinamente designar. E' o que determina o Art. 4º do Decr. n. 817 de 30 de Agosto de 1851. Repute-se esta disposição como pertencente ao subsequente Art. 702.

Art. 707. Tal necessidade póde dar-se, ou para indemnisação de despezas com elles feitas, ou se-fôrem condemnados á servir por mais tempo em pena de têrem faltado ás estipulações do contracto.

Art. 708. Em todos os contractos de locação de serviços, que se-celebrarem com os mesmos menores, designar-se-ha a parte da soldada, que devão recebêr para suas despezas. Esta nunca excederá de metade.

Art. 709. A outra parte da soldada, depois de satisfeitas quaesquer quantias adiantadas pelo locatario, ficará em deposito na mão deste, se fôr pessôa notoriamente abonada.

Art. 710. Não sendo o locatario pessoa abonada, prestará fiança idonea, por onde se-obrigue á entrega, logo que o menor acabar o tempo do contracto, e houvér sahido da menoridade.

Art. 711. Fóra destes casos, a parte livre da soldada será recolhida ao Cofre dos Orphãos do Municipio respectivo.

Art. 712. Nos Municipios, onde houvérem Sociedades de Colonisação reconhecidas pelo Govêrno, serão taes dinheiros guardados nos Cofres das mesmas Sociedades.

Art. 713. O locatario de serviços, que sem justa causa despedir o locador antes de findar o tempo do contracto, pagar-lhe-ha todas as soldadas, que este devêra ganhar, se não fôsse despedido.

Art. 714. Será justa causa para despedida :

§ 1.º Doença do locador, que o-impossibilite de continuar na prestação dos serviços :

§ 2.º Condemnação do locador á pena de prisão, ou á qualquer outra, que o impeça de prestar serviços :

§ 3.º Embriaguêz habitual do locador :

§ 4.° Injuria feita pelo locador á seguridade, honra, ou fazenda, do locatario; sua molhér, filhos, ou pessoa de sua familia :

§ 5.° Se o locador, tendo-se ajustado para serviço determinado, mostrar-se imperito no desempenho de tal serviço.

Art. 715. Nos casos dos §§ 1° e 2° do Art. antecedente, o locador despedido, logo que cesse de prestar o serviço, será obrigado á indemnisar o locatario da quantia, que lhe-devêr.

Art. 716. Nos outros casos, pagar-lhe-ha tudo, quanto devêr; e se não pagar logo, será immediatamente preso, e condemnado á trabalhar nas obras publicas por todo o tempo necessario para satisfação, tanto da divida, como das custas do processo. Applicar-se-ha á esse fim o producto liquido dos jornaes.

Art. 717. Não havendo obras publicas, em que possa trabalhar por jornal, será condemnado á prisão com trabalho por todo tempo, que faltar para complemento do contracto; não podendo, todavia, a condemnação excedêr de dois annos.

Art. 718. O locador, que sem justa causa se-despedir, ou ausentar antes do tempo do contracto, será preso onde quer que seja achado.

Art. 719. Não será solto o locador, emquanto não pagar em dôbro tudo quanto devêr ao locatario, com abatimento das soldadas vencidas.

Art. 720. Se não tivér com que pagar, servirá ao locatario de graça todo o tempo. que faltar para complemento do contracto.

Art. 721. Se tornar á ausentar-se, será preso, e condemnado na conformidade dos Arts. antecedentes.

Art. 722. Será justa causa para rescisão do contracto por parte do locador :

§ 1.° Faltando o locatario ao cumprimento das condições estipuladas no contracto :

§ 2.° Se o locatario fizêr algum ferimento na pessôa do locador, ou injuria-lo na honra de sua molhér, filhos, ou pessôa de sua familia :

§ 3.° Exigindo o locatario do locador serviços não comprehendidos no contracto.

Art. 723. Rescindindo-se o contracto por alguma das três sobreditas causas, o locador não será obrigado á pagar ao locatario qualquer quantia, de que lhe-seja devedor.

Art. 724. O locatario, findo o tempo do contracto, ou quando este se-rescinda por justa causa, é obrigado á dar ao locador um attestado de estar quite do seu serviço.

Art. 725. Se o locatario recusar passar esse attestado, será compellido á fazêl-o pelo Juiz de Paz do Districto.

Art. 726. A falta deste titulo será razão sufficiente para presumir-se, que o locador ausentou-se indevidamente.

Art. 727. Toda a pessôa, que admittir, ou consentir em sua casa, fazendas, ou estabelecimentos, algum estrangeiro obrigado á outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dôbro do que o locador lhe-devêr.

Art. 728. Outrosim não será admittido á allegar qualquer defeza em Juizo sem depositar a quantia, á que fica obrigado, competindo-lhe o direito de havê-la do locador (3).

3.ª ED.

(3) Pode-se pois nos respectivos contractos estipular, posto que abundantemente, para este caso do Art. 728, como para os dos Arts. 730 e 741, a *clausula depositaria*. Vid. Not. ao Art. 389 § 2° *supra*.

Art. 729. Se alguem alliciar para si, directamente, ou por interposta pessôa, algum estrangeiro obrigado á outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dôbro do que o locador lhe devêr, com todas as despezas, e custas, á que tivér dado causa.

Art. 730. Do mesmo modo esse alliciadôr não será admittido em Juizo á allegar sua defeza, sem que faça prévio deposito.

Art. 731. Se não depositar, e não tivér bens, será logo preso e condemnado á trabalhar nas obras publicas por todo o tempo necessario para satisfação do locatario.

Art. 732. Não havendo obras publicas, em que possa sêr empregado á jornal, será condemnado á prisão com trabalho por dois mezes á um anno.

Art. 733. Os que alliciarem para outrem serão condemnados á prisão com trabalho por todo o tempo, que faltar para cumprimento do contracto do alliciado; comtanto, porém, que a condemnação nunca seja de menos de seis mezes, nem exceda de dois annos.

Art. 734. O conhecimento de todas as acções derivadas de contractos de locação de serviços, celebrados na conformidade do presente Cap., será da privativa competencia dos Juizes de Paz do fôro do locatario.

Art. 735. Estas acções se-decidirão summariamente em audiencia geral, ou particular, para o caso; sem outra fórma regular de processo, que não seja a indispensavelmente necessaria para as partes allegarem, e provarem, em termo breve seu direito.

Art. 736. Os Juizes de Paz podem admittir a decisão por arbitros na sua presença, quando alguma das partes a requerêr, ou elles a-julgarem necessaria por não sêrem liquidas as provas.

Art. 737. Das sentenças dos Juizes de Paz haverá unicamente recurso de appellação para o respectivo Juiz de Direito (4).

Art. 738. Onde houvér mais de um Juiz de Direito o recurso será para o da primeira Vara, e na falta deste para o da segunda, e successivamente para os que se-seguirem (5).

Art. 739. O recurso de revista só terá logar naquelles casos, em que os réos fôrem condemnados á trabalhar nas obras publicas para indemnisação das locatarios, ou á prisão com trabalho.

Art. 740. Nenhuma acção derivada de locação de serviços será admittida em Juizo, se não fôr logo acompanhada do titulo do contracto.

Art. 741. Se fôr de petição de soldadas, o locatario não será ouvido, sem que tenha depositado a quantia pedida; mas esta não será entregue ao locador, ainda mesmo que preste fiança, senão depois da sentença passada em julgado.

---

(4) Cit. Lei de 11 de de Outubro de 1837 Art. 15, que não declara o termo, em que se-póde appellar. A opinião mais seguida é, que esse termo é de oito dias *ad instar* das appellações criminaes—Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 Art. 451.

3.ª ED.

Sobre esta especialidade não vejo alteração na Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, nem no seu Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

3.ª ED.

(5) Sobre a ordem das substituições dos Juizes de Direito regem hoje a citada Lei da Ref. Jud. de 1871 Art. 1º, e o seu Regul. do mesmo anno Cap. 1.º

CAPITULO X

Da sociedade

Art. 742. Contracto de sociedade é o que duas, ou mais pessôas, fazem entre si, pondo em commum todos os seus bens, ou parte delles, para fim de maior lucro (1).

---

(1) Ord. L. 4° T. 44 princ. E' da essencia das sociedades, que cada um dos socios coutribua para seu capital com alguma quota; ou esta consista em dinheiro, ou em effeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou industria—Art. 287 do Cod. do Com.

Os socios devem entrar para o fundo social com as quotas, e contingentes, á que se-obrigarem—Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860 Art. 44.

E' impossivel estar em sociedade, sem que se-esteja em communhão; mas póde-se estar em communhão, sem estar em sociedade. Assim costumão dizêr os Escriptôres, mas, se, constituida a sociedade, ha uma *pessoa moral* distincta dos socios, que a compoem, e tendo portanto seu patrimonio, que vem á ser a totalidade das entradas sociaes consistentes em bens; como concebêr esse patrimonio, suppondo-se ao mesmo tempo que os socios estejão em communhão de bens?

A definição do nosso têxto é completa no ponto de vista do que póde ser objecto do contracto de sociedade, pois que comprehende a *sociedade universal* (de todos os bens dos socios), e a *sociedade particular* (sómente de parte dos bens); porém não é completa no ponto de vista dos fins, que o contracto de sociedade póde têr. A definição indica sómente *fins pecuniarios* (caso mais frequente dos contractos de sociedade, sobre que legislou o Direito Romano, e legislão todos os Codigos modernos); mas o contracto de sociedade póde têr por fim qualquer utilidade publica, ou particular, não apreciavel em dinheiro, e as sociedades desta especie são tambem regidas pelo Direito Civil. O contracto de sociedade, qualquer que seja seu fim, é contracto *bilateral perfeito*, *oneroso*, e *consensual*. O Art. 329 do Cod. do Com. bem indica, que é contracto *consensual*, quando diz—que as obrigações dos socios começão da data do contracto, ou da época nelle designada. O cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860 Caps. 4° á 9° tem regulado as sociedades na vasta comprehensão de todos os seus fins possiveis.

Art. 743. A sociedade póde sêr contractada por *tempo determinado*, ou *indeterminado* (2).

Art. 744. Será nullo todo o contracto de sociedade, que se propozér á fins illicitos, e reprovados (3).

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4° n. 6°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 6° São isentos do imposto de transmissão os *contractos de sociedade*, não havendo transmissão de *bens* entre os socios. O de 1874 eliminou com razão o final do de 1869—*e outras pessoas*—, sem applicação á contractos de sociedade; porém sem razão deixou ficar a palavra—*bens*—, porque o impôsto só cahe sobre *immoveis* nesta transmissão *inter vivos*.

« Esta sociedade (Dig. Brazil. 3° Vol. pag. 69 Not. 1ª) se-presume entre amigos, ou irmãos, que vivem juntos em casa, praticando actos sociaes, excepto algum delles menór. »

Tal é o modelo da *sociedade civil*, sociedade *inter amicos*; que, segundo as noções do Direito hoje em voga, é uma *communhão de bens*. Confunde-se porisso a *communhão* com a *sociedade*.

(2) Ord. L. 4° T. 44 princ. (Art. 302 § 6° do Cod. do Com.)

A sociedade é de *tempo determinado*, quando sua duração fôr subordinada ao vencimento de um prazo, ou ao cumprimento de uma condição; embora neste ultimo caso não se-possa prevêr a época, em que a condição se-cumprirá. Em todos os outros casos, a sociedade é de *tempo indeterminado*, e por tal se-reputa a *sociedade perpetua*; isto é, contractada para durar, emquanto vivêrem os socios. Como, quando as partes não determinão o tempo da duração da sociedade, entende-se, que esta é de tempo indeterminado, e que portanto cada um dos socios póde renuncia-la á seu arbitrio (Art. 751 § 2° *infra*, e Cod. do Com. Art. 335 n. 5°); segue-se, que não se-deve recusar o registro de uma sociedade commercial, por não determinar o contracto della o tempo de sua duração, como aliás exige o Art. 302 n. 6° do cit. Cod.

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 3°. É da essencia das companhias, e sociedades, que seu objecto, e o fim á que se propoem, seja licito—Art. 287 do Cod. do Com.

Art. 745. Quando a sociedade fôr de todos os bens, o dominio, e a posse, dêstes communica-se dêsde logo entre os socios sem dependencia de tradicção real (4).

Vid. cit. Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860 Art. 9° n. 1°, Art. 27 regra segunda, e Arts. 33 e 34. Ahi reputa-se sociedade illicita, a que tem por fim monopolisar os generos de primeira necessidade, ou qualquer ramo de commercio; e recommenda-se (Art. 34), que as Autoridades Policiaes observem o disposto nos Arts. 282, 283, e 284, do Cod. Pen. sobre as sociedades secretas, etc.

3.ª ED.

Av. n. 232 de 11 de Julho de 1874—Quando o fim da sociedade fôr o monopolio da carne vêrde, a providencia neste caso depende da Camara Municipal, á quem o Chefe de Policia deverá representar sobre a conveniencia de uma postura, de accôrdo com o Art. 66 § 8° da Lei do 1° de Outubro de 1828, que prohibe as colligações de mercadôres destinadas á afastar a concurrencia, e elevar arbitrariamente o preço dos generos de primeira necessidade.

A' este Av. precedeu a Resolução de 18 de Abril do mesmo anno com o parecer da Secção de Justiça do Conselho d'Estado, que achar-se-ha na Revista—*Direito*—Vol. 5° pags. 353 á 366. Essa Resolução é muito luminosa, deve ser lida, já porque caracterisa a sociedade em conta da participação em relação á sociedade anonyma; já porque trata das medidas á tomar contra mercadôres, que se-colligão para augmentar o preço dos generos de primeira necessidade.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 1°. Entende-se havêr tradição tacita. As escripturas publicas, ou particulares, dos contractos de sociedade págão sêllo proporcional na razão do respectivo capital—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 7° n. 2°.

Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 6° ns. 2° e 5°, e Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Arts. 9° e 10°. Os titulos de companhias com licença do Govêrno tambem págão novos e velhos direitos—Lei de 30 de Novembro de 1841, Tabella § 35, Ordem de 17 de Agosto de 1847, 25 de Setembro do mesmo anno, Circ. de 6 de Outubro de 1859, e Av. de 3 de Novembro do mesmo anno. Declara esta Circ. de

Art. 746. Nesta especie de sociedade communica-se tambem entre os socios quanto depois do contracto cada um delles adquirir por qualquer titulo (5).

Art. 747. Quando a sociedade não fôr de todos os bens, mas de parte delles, ou tivér por fim negocio determinado; somente communica-se entre os socios quanto cada um adquirir por seu trabalho, ou industria, na empreza social (6).

1859, què os Tribunaes de Commercio não devem registrar os estatutos das sociedades autorisadas pelo Govêrno, sem que se-tenha pago os novos e velhos direitos.

O Art. 745 *supra*, assim como o Art. 746, tratão da sociedade universal de bens—*societas universorum bonorum*—, qual a sociedade conjugal, quando o regime do casamento é o da communhão legal; mas além desta sociedade universal, ha a de ganhos—*societas universorum quæ ex quæstu veniunt*—. A sociedade universal é sempre *civil*, porque as sociedades commerciaes são sempre particulares, como resulta do Cod. do Com. Art. 302 n. 4°, determinando, que o contracto social designe a quota, com que cada um dos socios entra para o capital. Tal designação é essencial, e sem ella o instrumento social não deve sêr registrado nos Tribunaes de Commercio.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—*Contractos de sociedade* são sujeitos ao sêllo proporcional (Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1°.)

(5) Ord. L. 4° T. 44 § 1°. As sociedades universaes são hoje raras.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 2°.

Aqui se-trata das *sociedades particulares* em contraposição ás *sociedades universaes*. Em que casos as sociedades particulares se-devem reputar *civis* ou *commerciaes*? Não se-pense, que as sociedades reguladas no Cod. do Com. são sempre *commerciaes*, pois que tambem podem sêr *civis*, como se-deixa vêr do Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860, ao menos quanto ás sociedades anonymas.

As especies de sociedade, reguladas no Cod. do Com., são modalidades do contracto de sociedade, exprimem diversos

modos de existencia das sociedades. O que distingue a sociedade civil da commercial é unicamente seu *fim definitivo*. São commerciaes todas as sociedades, que tiverem por fim definitivo a profissão do commercio, ou o exercicio de qualquer *acto commercial*. As sociedades civis tambem podem sêr *em nome collectivo*, *em commandita*, *em conta de participação*, *de capital e industria*. Por outro lado, a sociedade commercial póde não ser de alguma dessas especies, pôsto que, não o-sendo, seja necessariamente uma *sociedade collectiva*, e com responsabilidade solidaria de todos os socios para com terceiros. É o que resulta dos Arts. 304, 305, e 306, do Cod. do Com. *Sociedade collectiva* quer dizêr aquella, em que compete á todos os socios, e por todos reputa-se exercido, o podêr de administra-la; á não constar que, para exercê-lo, nomeárão um ou mais mandatarios, socios ou não socios.

A nossa legislação civil é omissa sobre a fórma e prova dos contractos de sociedades civis, exceptuadas as anonymas reguladas hoje pelo cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860. Será essencial a fórma escripta, como exige o Art. 300 do Cod. do Com. para as sociedades commerciaes, exceptuada a sociedade em conta de participação? Entendo, que a fórma escripta é essencial, sempre que as sociedades civis fôrem das mesmas especies, para as quaes o Cod. do Com. a-exige; não assim, quando não fôrem dessas especies, quando não tivérem firma social; casos, em que domina a regra do Alv. de 30 de Outubro de 1793, consolidada no Art. 368 *supra*. Deveráõ porém os contractos de sociedades civis ser registrados, quando ellas fôrem das especies, que o Cod. do Com. manda registrar? A razão é a mesma, porém não é possivel registrar nos Tribunaes de Commercio contractos de sociedades civis.

Aproveitarei a occasião para firmar a verdadeira intelligencia do Cod. do Com. Art. 303, de que os nossos Juizes e Tribunaes tem feito resultar consequencias iniquas. As acções, que esse Art. 303 do Cod. veda aos socios entre si, e contra terceiros, se não fôrem logo acompanhadas do instrumento probatorio da sociedade, não são todas as acções indistinctamente, mas só aquellas, que não tiverem outra causa possivel senão a existencia de uma sociedade. É o que bem se-conhece pelas palavras do citado Art.—*que fundar sua intenção na existencia da sociedade*—. E na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possivel entendêr, que os socios estão privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em commum, e de demandar á terceiros para pagamento de dividas? Quando não exista sociedade legalmente constituida, ou contractada em fórma legal, existio todavia uma *sociedade de facto*,—*uma communhão de bens ou de interesses*; e ahi temos uma causa juridica das acções, embora não tenhamos a existencia legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. prohibe, que sem o instrumento social registrado se-venha demandar em Juizo effeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realise a promettida entrada social; porém não veda, que se-demande em Juizo por effeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. Á não ser assim, autorisava-se a usurpação de bens alheios. Esta é a doutrina de todos os Escriptôres Francêzes sobre o contracto de sociedade, doutrina tendo por si a boa razão, e mesmo o simples bom senso.

3.ª ED.

Continuar-se-ha no projectado Comm. do Cod. do Com. sobre a verdadeira intelligencia do seu Art. 303.

Art. 748. Lucros illicitos, adquiridos por um dos socios, não se-communicão com os outros socios (7).

Art. 749. Tendo havido communicação de lucros illicitos, cada um dos socios fica obrigado á restituir o que delles recebeu, se o socio delinquente fôr condemnado á restituição (8).

Art. 750. Os socios, que recebêrem lucros illicitos, tendo sciencia do crime, serão considerados complices, e incorreráõ nas penas da Lei (9).

(7) Ord. L. 4º T. 44 § 3º.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 3.º Serão obrigados á satisfação, pôsto que não sejão delinquentes, os que gratuitamente tiverem participado dos productos do crime até a concurrente quantia —Art. 28 § 2º do Cod. Pen. (Art. 807 *infra*)

(9) Ord. L 4º T. 44 § 3º, em harmonia com o Art. 6º § 1º do Cod. Pen. Em tal caso, cada um dos delinquentes fica solidariamente obrigado á satisfação do damno causado—Art. 27 do Cod. Pen. (Art. 806 *infra*)

Art. 751. São por conta da sociedade todas as despezas, que se-fizerem em beneficio della (10).

Art. 752. As despezas particulares dos socios serão por conta daquelle, que as-fizér, ainda que occasionadas por acontecimento em serviço da sociedade (11).

Art. 753. Os socios tem direito á indemnisação das pêrdas e damnos, que soffrêrem em seus bens por motivo dos negocios sociaes (12).

Art. 754. Ainda que a sociedade já esteja dissolvida não cessa sua responsabilidade para com terceiros pelas dividas, que houvér contrahido (13).

---

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 11.

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 11.

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 10.

(13) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 10. (Arts. 329, 346, e 349, do Cod. do Com)

As disposições destes Arts. do Cod. do Com., assim como as dos Arts. 292, 321, 323, e 350, sobre credores da sociedade, em concurso com os credôres particulares de cada um dos socios, são inteiramente applicaveis ás sociedades civis. Ha porém esta differença, quando as sociedades civis não são em nome collectivo, ou os socios não estipularão responsabilidade solidaria para com terceiros; cada um dos socios só fica obrigado por sua *parte v ril*, e não pelo pagamento de toda a divida. Isto quer dizêr, que o pagamento de cada uma das dividas divide-se pelos socios em partes iguaes—*pro numero virorum*—. Vid. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 492 § 8°, 497, 498, 499, 529 § 10, 530 § 6°, e 531 § 1°.

3.ª ED.

A ultima distincção da Not. *supra* foi transcripta por Orlando Cod. Com. pag. 109.

Art. 755. A partilha dos lucros e pêrdas será feita pelo modo estipulado no contracto (14).

Art. 756. Se não houve estipulação sobre o modo da partilha, entender-se-ha, que todos os socios devem têr partes iguaes (15).

---

(14) Ord. L. 4° T. 44 § 9°. O acto social deve contêr a designação da parte, que cada um dos socios terá nos lucros e pêrdas—Art. 302 § 4° do Cod. do Com.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 9.° Nas sociedades commerciaes rege o disposto no Art. 330 do Cod. do Com.—Os ganhos e pêrdas são communs á todos os socios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social, salvo se outra cousa fôr expressamente estipulada no contracto. *Quid*, á respeito do socio de industria?

Diz o Art. 319 do cit. Cod., que, em falta de estipulação, o socio de industria terá direito á uma quota de lucros igual á que fôr estipulada em favôr do socio capitalista de menor entrada. Isto presuppõe, que ha dois ou mais socios capitalistas, e as suas entradas são desiguaes; porém resta a duvida, quando só houvér um socio capitalista, ou quando as entradas dos socios capitalistas fôrem iguaes.

Farei uma advertencia importante. Não ha *sociedade de capital e industria* no sentido especial desta denominação, só pelo facto de havêr um ou mais socios de industria, e outro ou outros socios capitalistas. A sociedade póde sêr em nome collectivo, ainda que algum dos socios seja de industria, como dá claro á entendêr o Cod. do Com. no Art. 318. Não havendo firma social, o socio de industria é gerente, caixeiro, ou administrador. É locador de serviços, que, em vêz de recebêr salario certo, tem só direito á uma retribuição eventual; á uma quota de lucros, se lucros houverem.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4° n. 7°, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 7°—São isentos do imposto os actos, que fazem cessar entre socios a *indivisibilidade dos bens communs, salva a disposição* sobre tornas ou reposições em partilhas.

A indivisibilidade dos bens communs: Dizêr incongruente por varios motivos, e substituivel ao menos pelo de—*indivi-*

são dos bens communs—. Não bastaria isentar as *partilhas entre socios?*

Salva, etc.: Referencia ao Art. 23 n. 3°, sobre o qual parecem recebiveis as observações da Not. ao Art. 596 § 6° *supra*. Melhór referio-se o Regul. de 1869 aos Artigos das Sizas Cap. 6° § 4°.

A Ord. n. 34 de 28 de Janeiro de 1857 bem se-houve neste assumpto, reconhecendo podêr variar a solução dos casos, e acertadamente decidindo o vertente assim:— Sendo os bens propriedade da sociedade, que os-adquirio em seu nome, não se-dá transferencia de dominio, quando, dissolvida a sociedade, são partilhados os respectivos fundos, recebendo cada socio a importancia de seu capital em bens, que possuia em commum. (Veja-se a Not. da 2.ª Ed. ao Art. 596 § 6° *supra*.)

Mal se-houve porém a Decis. n. 331 de 17 de Novembro de 1870, porque equiparou á torna entre herdeiros a compra por dois delles em commum da parte indivisa de sua irmã condomina; e apoiando-se no Cap. 6° § 4° dos Artigos das Sizas, que ao inverso resolve sêr caso de—*verdadeira venda*—! O caso deste Av. é de partilha feita sem torna, sahindo-se de uma *communhão negativa* para uma *communhão positiva*; por outra, de uma communhão *pro indiviso*, para uma communhão *pro diviso*. O caso deste Av. é o de contracto posteriôr á partilha sem torna, pelo qual cessou a *communhão positiva* sem havêr *divisão*.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°— Escripturas publicas e particulares de *dissolução de sociedade* não são sujeitas á sello proporcional (Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1°.)

O caso de sociedades dissolvidas antes de sua partilha é semelhante ao de casaes indivisos antes de sua partilha por divorcio ou nullidade (Art. 158 *supra* Consolid.), e ao de heranças indivisas. Neste aspecto pode-se dizêr (Not. ao Art. 742), que não ha sociedade sem communhão. Não pagão sello proporcional, nem os contractos de dissolução de sociedades, nem os da ulteriôr partilha social.

Decis. (na Revista—*Direito*—vol. 1° pag. 74) de 30 de Junho de 1873— Nas dissoluções parciaes das sociedades cobra-se o sello sómente da parte, que é separada do dominio commum, e transferida para o socio, que se retirar.

Art. 757. E' illicito, e reprovado, o pacto de todo o lucro pertencêr á um dos socios, sem que participe da pêrda (16).

Art. 758. A sociedade dissolve-se:

§ 1.° Pela morte de qualquer dos socios (17):

---

(16) Ord. L. 4° T. 44 § 9°, Art. 288 do Cod. do Com. É o que se-chama—*sociedade leonina*.

Diz mais o Art. 43 do cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860:—É nulla a sociedade, ou companhia, em que se-estipular, que a totalidade dos lucros pertença á um só dos associados; ou em que algum seja excluido; e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as sommas, ou effeitos, das entradas de um ou mais socios para o fundo social.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 44 princ., e § 4°, Art. 335 § 4° do Cod. do Com. Vid. *infra* as observações ao Art. 764, e *supra* ao Art. 653.

A sociedade não se-dissolve pelo fallecimento da molhér de qualquer dos socios, ainda que os herdeiros sejão menores; continúa com o viuvo, ficando reservado para sobrepartilha do casal o que elle viér á recebêr da partilha social em tempo proprio.

A incapacidade civil, que sobrevem á qualquer dos socios por alienação mental, e declaração judicial de fallencia (Cod. do Com. Art. 355 n. 2°), está no mesmo caso do fallecimento, e dissolve a sociedade. Não está porém no mesmo caso a incapacidade civil superveniente pelo facto do casamento da molhér socia, e esta passa á ser representada por seu marido.

Pôstoque a sociedade se-dissolva pela morte de qualquer dos socios, são validos e obrigatorios para os herdeiros do socio fallecido, e para os outros socios, os actos e contractos sociaes, que se-tenhão feito antes da noticia da morte, ainda que o resultado delles não seja vantajoso.

3.ª ED.

« Mas em todo o caso (Dig. Brazil. 3° Vol. pag. 69 Not. 2) passa á viúva, como consocia do marido. »

Ou não percebo esta asserção, ou ella é inexacta. A sociedade não se-dissolve pelo fallecimento da molhér de qualquer dos socios, como diz a Not. *supra*; mas dissolve-se pelo fallecimento do marido, ficando a molhér sobrevivente em com-

§ 2.° Pela renuncia de um delles, quando a sociedade fôr de tempo indeterminado (18).

Art. 759. Nao obstante a renuncia, o socio não ficará desobrigado, se a-fêz de má fé para aproveitar a época do lucro (19).

Art. 760. Tambem não é admissivel a renuncia, quando fôr intempestiva em prejuizo da sociedade (20).

Art. 761. Em qualquer destes dois casos de renuncia, o socio renunciante deve indemnisar os prejuizos, á que dér causa; e partilhará com os outros socios os lucros, que tivér, ou a sociedade podéra têr, se elle não se-despedisse (21).

Art. 762. A sociedade por tempo determinado não se-póde renunciar, salvo se para isso houvér justa causa (22).

Art. 763. São justas causas para renúncia:

§ 1.° A falta de cumprimento das estipulações sociaes (23):

§ 2.° A má indole, ou condição desabrida, de qualquer dos socios (24):

§ 3.° O arresto, ou a pêrda, da cousa, que era objecto da sociedade (25):

---

munhão com o socio ou socios sobreviventes. Para com ella continuar a sociedade, assim póde ulteriormente convencionar, não havendo herdeiros; ou assim convencionar tambem com estes, se não fôrem menores.

(18) Ord. L. 4° T. 44 § 5°, Art. 335 do Cod. do Com.

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 6°.

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 7°.

(21) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 7°.

(22) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 8°, Arts. 335 § 1°, e 336, do Cod. do Com.

(23) Ord. L. 4° T. 44 § 8°, Art. 336 § 3° do Cod. do Com.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 8°.

(25) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 8°, Art. 336 § 1° do Cod. do Com., e Art. 35 n. 3° do cit. Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860.

§ 4.° A ausencia por motivo de serviço publico (26).

Art. 764. Reputa-se não escripta a clausula de a sociedade continuar com os herdeiros do socio fallecido (27).

---

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 8°.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 44 princ.—*Censetur electa industria personæ*—. Tal era o rigôr do Direito Romano, que não tem sido recebido pelo Direito moderno. O nosso Cod. do Com. Art 308 admitte, que a sociedade possa continuar com os herdeiros do socio fallecido. Ha mesmo sociedades, em que a estipulação á tal respeito seria inutil, pois que se-a-subentende pela natureza das cousas. Assim acontece—1°, na *colonia parciaria* dado o caso do Art. 654 *supra*,—2°, nas *sociedades anonymas*, ou *companhias de commercio* (Art. 295 do Cod. do Com.), que antes unem capitaes que individuos, e onde portanto a consideração das pessoas nada influe. O mesmo aconteceria nas *sociedades em commandita*, cujo capital fosse dividido em acções; o que pelo nosso Direito não é permittido, segundo declarou o Decr. n. 1487 de 13 de Dezembro de 1854.

O Sr. Rebouças faz observações á este Art., e á sua Not., e conclúe deste modo: « Se o herdeiro de algum socio defunto é maior, ou legitimamente emancipado, convindo aos socios sobreviventes uma nova sociedade, é com elle contrahida nas mesmas bases da dissolvida, ou alteradas ellas conforme o Art. 307 do Cod. do Com., alliando-se ao direito as conveniencias. De outra fórma não se-podem harmonisar os Arts. 308, 334, e 335 § 4°, do Cod. do Com., cujas disposições vem á sêr essencialmente as mesmas da Ord. L. 4° T. 44 princ. e § 4°, e o Direito Romano constantes das LL. 59, 63 § 8°, e 65 § 9°, Dig. *pro socio*. »

Por esta conclusão parece, que o Sr. Rebouças censura a Not. da 1.ª Edição por ter dito, que a Ord. L. 4° T. 44 princ. seguio o rigôr do Direito Romano,—que este rigôr não tem sido recebido pelo Direito moderno;—e que o nosso Cod. do Com. Art. 308 admitte, que a sociedade possa continuar com os herdeiros do socio fallecido. Engana-se o illustre censôr, como se-conhece pelas suas proprias observações.

A disposição do Art. 335 n. 4° do Cod. do Com. está de accôrdo com a Ord. L. 4° T. 44 § 4°, e com a L. 65 § 9°

Art. 765. Esta clausula só é permittida, e terá effeito, quando a sociedade versar sobre arrematação de rendas publicas (28).

Art. 766. Póde-se porém convencionar, que, no caso de fallecêr algum dos socios, a sociedade continúe entre os socios sobreviventes (29).

Dig. *pro socio*, declarando licita a convenção de continuar a sociedade entre os socios sobreviventes, como está consolidado no Art. 776 *infra*. Tambem reconhece a L. 37 Dig. *prò socio*, que os socios sobreviventes podem contractar uma nova sociedade com os herdeiros do socio fallecido, o que vai de accôrdo com o Art. 307 do Cod. do Com. Mas a disposição do Art. 308 suppõe o contrario do que está disposto na Ord. L. 4° T. 44 princ., e do que dizem as LL. 35 e 59 Dig. *pro socio*. Ahi prohibe-se estipular, que a sociedade continúe com os herdeiros do socio fallecido, só com excepção da sociedade dos publicanos, ou para arrematação de impostos (Consolid. Art. 765); entretanto que o Art. 308 do Cod. do Com. legisla sobre a hypothese de continuar a sociedade com os herdeiros do socio fallecido. Tal hypothese só póde sêr o effeito de uma causula do contracto social. Quando, por fallecimento de um dos socios, seus herdeiros convencionão com os sobreviventes, ha uma sociedade nova, e não uma continuação de sociedade. Esta clausula é hoje admittida por todas as legislações modernas, como se-póde vêr, por exemplo, no Art. 1868 do Cod. Civ. Franc.; e que ella é possivel, reconhece o Sr. Rebouças, quando diz. «E dada a hypothese de se-ter no contracto da sociedade convencionado, que, fallecendo algum dos socios, ella continuaria com seus herdeiros, isso mesmo só se-verificaria com os legitimamente emancipados, etc.» O Art. 334 do Cod. do Com. nada prova, porque tambem é licito convencionar no contracto social, que cada um dos socios possa livremente cedêr á um terceiro a parte, que tivér na sociedade. Esse Art. quer o expresso consentimento dos outros socios, e tal consentimento póde ser anteriôr ou antecipado.

(28) Ord. L. 4° T. 44 *princ*. Adoptou-se a unica excepção do Direito Romano sobre as sociedades dos—*publicanos*.

(29) Cit. Ord. § 4°, Art. 335 § 4° do Cod. do Com.

CAPITULO XI

Do penhôr

Art. 767. Podem sêr dadas em penhôr cousas moveis, e immoveis (1).

---

(1) Ord. L. 4° T. 56 princ.—*alguma cousa movel, ou de raiz*—. A doutrina, e pratica, restringem o—*penhôr propriamente dito*— aos objectos moveis. Quando os bens são immoveis, toma o nome de—*antichrese*—, se o devedor cede o gôzo delles para compensação dos juros do dinheiro emprestado. O penhôr confere ao credôr um *direito real*, do mesmo modo que a hypotheca.

Sempre que o objecto fôr corporeo o penhôr é possivel, ainda que o objecto seja cousa fungivel,—mesmo quantia de dinheiro. O Art. 273 do Cod. do Com. quando diz—*titulos da Divida Publica, acções de companhias ou emprezas, e em geral quaesquer papeis de credito negociaveis em commercio*—, deve sêr entendido demonstrativamente, e não taxativamente Todos os titulos de credito, quero dizer, os creditos de qualquer natureza corporeamente representados pelos instrumentos, de onde constão, podem sêr dados em penhôr.

Esse mesmo Art. 273 do Cod. do Com. em sua segunda parte prohibe dar-se em penhor commercial escravos, e outros semoventes, o que está revogado pelo Art. 2° § 12 da novissima Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864.

O contracto de penhor é *unilateral*, posto que depois de feito possa sobrevir alguma causa de obrigação para o credor pignoraticio. É contracto *oneroso*, ou antes, contracto accessorio de contractos onerosos. É contracto *real*, porque não fica perfeito senão depois de ter o devedor entregado ao credor a cousa dada em penhôr. Tal é o motivo da disposição do Art. 274 do Cod. do Com., que exige a tradição real, ou symbolica, do penhôr pelos mesmos modos, que na tradição da cousa vendida. O Art. 6° § 6° da novissima Lei hypothecaria até admitte a tradição resultante da clausula *constituti*, dispondo:—« O penhôr de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a clausula *constituti*, tambem não poderá valêr contra credores hypothecarios, se o titulo respectivo não fôr transcripto antes da hypotheca. »

Como o contracto de penhor é *unilateral*, pois que repousa na obrigação inicial, em que fica o credor pignoraticio de restituir a cousa recebida em penhor, paga a divida; segue-se, que sua prova depende somente do instrumento, ou da cautela escripta, que o credor passa ao devedor para este exigir a restituição. Tal é o escripto assignado por quem recebe o penhor, de que fallão os Arts. 271 e 272 do Cod. do Com. Nada mais insensato, do que exigir-se do credor pignoraticio apresentar prova escripta do contracto de penhor. Elle não tem em seu poder senão o seu instrumento creditorio, ou probatorio da obrigação do devedor, e á esse instrumento refere-se o Art. 283 do Regul. Com. n. 737. Se o devedor pignoraticio, ou os representantes da sua massa fallida, não apresentão a cautela pignoraticia, a confissão do credor de ter o penhor em seu poder prova a existencia do contracto. Se essa prova não é aceita, então é irremediavel considerar de sua propriedade a cousa dada em penhor. O instrumento particular assignado pelo credor pignoraticio exigido no Art. 271 do Cod. do Com. não é da essencia do contracto, é só necessario para prova delle; e dahi vem, que o contracto fica provado pela confissão judicial da parte. Quando o penhor consiste em titulos creditorios, a tradição desses titulos opera-se pela cessão, ou endosso, delles, como se fossem vendidos; mas a cautela pignoraticia, ou a confissão do credor pignoraticio, desvanece o effeito apparente da cessão, ou do endosso; mostrando havêr uma constituição de penhor, e não transferencia de propriedade.

O penhôr póde consistir em dinheiro, como acima disse, e assim vemos no aluguel de livros, e na entrega de objectos á contento, ou por amostra, para serem comprados; porém um penhôr desta natureza não dá ao devedor credito de dominio, se o credor pignoraticio vem á fallir. O credito de dominio, por titulo de penhôr, de que falla o Art. 874 n. 1° do Cod. do Com., é o direito do devedor pignoraticio para reivindicar da massa fallida seu penhôr, que nella se-acha; e bém se-vê, que a reivindicação é impossivel, quando trata-se de dinheiro, quando trata-se em geral de cousas fungiveis;—quando trata-se de cousas, cuja identidade não póde sêr reconhecida entre outras da mesma especie, e qualidade. Violenta pois a natureza das cousas o Art. 9° do Decr. n. 2691 de 14 de Novembro de 1860, quando determina, que os portadores ou possuidores de notas, bilhetes, e escriptos ao portador, passados pelos bancos, sejão classificados, no caso de fallencia, como

credores de dominio por titulo de deposito, conforme as regras estabelecidas pelo Art. 874 do Cod. do Com., e conforme o dispôsto no Art. 1° § 6° da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860. Na mesma censura incorre um projecto apresentado pelo Sr. Senador Dias de Carvalho na sessão de 1858, convertendo creditos pignoraticios de bancos em creditos de dominio, projecto judiciosamente refutado por um esclarecido parecêr da Commissão de Legislação. Póde muito o Poder Legislativo, póde dar preferencia á uma classe de credôres; mas não póde mudar a realidade das cousas, não póde considerar credôr de dominio á quem não tem dominio.

Quanto aos estabelecimentos de emprestimos sobre penhôres veja-se o Decr. n 2692 de 14 de Novembro de 1860.

De sêr o contracto de penhôr accessorio, que certamente não póde existir sem o principal, não se-segue, nem que o penhôr não possa sêr constituido antes da obrigação principal, nem que não possa sêr constituido depois della. No primeiro caso, se a obrigação principal vem á existir, o penhôr antecipadamente constituido aproveita ao credôr, e produz seus effeitos. No segundo caso, nada mais ha do que caucionar uma divida, que primitivamente foi contrahida sem caução, ou que foi contrahida sem caução sufficiente.

A novissima Lei hypothecaria contempla no Art. 6° a *antichrese* como um dos *onus reaes*, e quanto ao penhôr contém unicamente a disposição do § 6° desse Art. sobre o penhôr de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, quando celebrado com a clausula *constituti*.

É nulla a alforria de escravos dados em penhôr sem consentimento dos credores pignoraticios.—Lei 4ª Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 27 § 1° Dig.

3.ª ED

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—Págão sello proporcional papeis, que contiverem promessa ou obrigação, ainda que sob forma de *garantia*. (Neste ultimo substantivo entrão as *cautelas de penhôr*.)

Cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 10 n. 13—Não págão sello proporcional obrigações, *cautelas de penhôr*, e todos os actos relativos ás administrações das Caixas Economicas, Montes Pios, Montes de Piedade ou de Soccôrro, Sociedades de Socorros Mutuos; e o capital dos mesmos estabelecimentos, creado na fórma da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de

Art. 768. O penhôr de bens immoveis póde ser feito com a clausula de recebêr o credôr os rendimentos, ou fructos, até que seja pago da divida (2).

1860. (Póde-se vêr a legislação anteriôr respectiva nos Reguls., n. 4354 de 17 de Abril de 1869, n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860, e n. 681 de 10 de Julho de 1850).

Fica sendo duvidoso (Rebouças Observ. pag. 115), se a revogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. do Com., decretada na Lei hypothecaria, tem por effeito podêrem sêr comprehendidos nas hypothecas dos bens immoveis os escravos e os animaes; ou se tambem darem-se em penhôr mercantil, como vem á sêr a consequencia immediata da derogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. do Com. »

Esta duvida não tem cabimento, porque é *absoluta* a revogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. Com. n. 12 e ultimo § do Art. 1º da Lei hypothecaria, e sem referencia á hypotheca de escravos e animaes do § 1º. Na *hypotheca* esses semoventes são *accessorios* dos immoveis hypothecados, e no *penhôr* são os *unicos objectos* do contracto. A revogação vai de accôrdo com o Art. 6º § 6º da mesma Lei hypothecaria, permittindo dar em penhôr escravos pertencentes ás propriedades agricolas.

Reservo para o meu projectado Commentario do Cod. do Com. as objecções do Sr. Orlando pags. 100 e 101 á doutrina expendida *supra* sobre a prova do penhôr, e qualidade do seu credito. Defenda-me por emquanto a vantajosa refutação do Sr. Annibal pags. 52 á 58.

Não se-póde mudar a realidade das cousas (disse eu á cima na 2ª Ed.), não se-póde considerar *credôr de dominio* á quem não tem dominio; e todavia o Art. 54 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 considerou *credôr de dominio* o escravo por seu *peculio* e juros em concurso de credôres! Qual o distinctivo do dinheiro desse *peculio*?

A *penhora*, pôsto que tenha o nome de *penhôr judicial*, não é *penhôr*, embora se-dê tambem á este o nome de *penhôr convencional*. A *penhora* é uma apprehensão judicial dos bens do devedôr executado, que ao credôr não attribue, como no *penhôr*, direito de ser pago pela cousa empenhada. No concurso de *penhoras* é indifferente sua prioridade.

(2) Ord. L. 4º T. 67 § 4º. Eis a *antichrese*, que a Ord. só permittia entre o foreiro e o senhorio, e que nos mais casos

Art. 769. E' nulla a clausula de ficar o credôr com o penhôr para pagamento da divida sem avaliação alguma, ou sendo feita a avaliação pelo mesmo credôr (3).

Art. 770. E' porém licito ajustar, que o credôr possa vender o penhôr, se a divida não lhe-fôr paga no vencimento (4).

Art. 771. Do mesmo modo é licita a clausula de ficar o credôr com o penhôr pelo seu justo prêço (5).

Art. 772. No caso do Art. antecedente, vencida a divida, o penhôr será avaliado por dois peritos, escolhidos por ambas as partes, e juramentados, applicando-se então ao pagamento pelo prêço da avaliação (6).

Art. 773. Depois do vencimento da divida, sendo o penhôr de grande prêço, e a divida pequena, ou não querendo o

---

vedava como *contracto usurario*. Ora, não havendo hoje o vicio da usura (Art. 1º da Lei de 24 de Outubro de 1832), a disposição da Ord. generalisa-se.

3.ª ED.

Na palavra—*empenho*—o Dig. Port. L. 3º n. 1196 comprehende o *penhôr*, a *antichrese* ou *penhor antichretico*, e a *hypotheca*. E' aceitavel, senão necessaria, esta generalisação.

(3) Ord. L. 4º T. 56 princ., e § 1º.

3.ª ED.

Não é nullo porém o pacto de ficar o credôr com o penhôr á elle vendido por um preço certo declarado no contracto, se a divida não fôr paga no tempo convencionado. Se o declarado preço não for justo, á ponto de havêr lesão enorme, cabe o remedio da Ord. L. 4º T. 13.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 7º. Vid. Art. 275 do Cod. do Com.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 56 princ.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 56 princ.

credôr recebêr o pagamento; o devedôr póde impedir por intimação judicial a venda do penhôr, offerecendo-se logo á pagar (7).

Art. 774. Se, não obstante a intimação judicial, o credôr fizer vendêr o penhôr, o Juiz reduzirá as cousas ao seu estado primitivo (8).

Art. 775. Se fôr nulla a obrigação principal, á que o penhôr serve de garantia, tambem será nullo este contracto accessorio (9).

CAPITULO XII

Da fiança

Art. 776. A fiança é legal (1), judicial (2), ou convencional (3).

---

(7) Ord. L. 3° T. 78 § 7°. O Art. 278 do Cod. do Com. reputa depositario remisso o credor, que não entrega immediatamente o penhôr, quando o devedôr se-offerece á remi-lo, pagando a divida, ou consignando o preço em Juizo.

(8) Cit. Ord. L. 3° T. 78 § 7°. Sobre o processo da remissão do penhôr no Fôro Commercial veja-se o Art. 281 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(9) Ord. L. 4° T. 48 § 1°.—*Accessorium corruit, sublato principali*—.

(1) *Fiança legal*: a que a Lei determina antes de começar-se algum acto, ou antes de entrar-se na posse de alguma cousa; como no caso da entrega dos bens do ausente (Art. 336) Ord. L. 1° T. 62 § 38, e outros semelhantes.

3.ª ED.

Av. (no Addit.) de 3 de Fevereiro de 1855—Os Collectôres, Administradôres, Thesoureiros, e quaesquer outros empregados, responsaveis á Fazenda Publica, ou afiançados ao Thesouro Nacional, apresentem *certidões de vida de seus fiadôres*, sob pena de procedêr-se ulteriormente na forma da Lei contra os mesmos afiançados ou responsaveis.

Av. n. 100 de 21 de Março de 1855—Autorisação para fazêr extensiva ás Provincias a providencia do Av. de 3 de

Fevereiro ultimo á respeito da apresentação, no principio de cada semestre, da *certidão de vida dos fiadôres* dos diversos responsaveis da Fazenda Nacional. (Vid. Nots. aos Arts. 32, 43, e 473 § 1°.)

Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867—A Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 6° não obriga os Thesoureiros de Corporações de mão-morta á prestar *fiança*.

Av. n. 414 de 6 de Novembro de 1874—As procurações dos fiadôres, para outrem por elles assignar termos de fiança, devem dar podêres especiaes á obrigal-os como fiadôres, e principaes pagadores, de todo e qualquer alcance, com os juros, multas, e custas, em que os Collectores, e seus agentes, forem condemnados. (Vid. Not. ao Art. 470)

(2) *Fiança judicial*: a ordenada pelo Juiz, ou de seu officio, ou á requerimento de parte; como no caso da Ord. L. 3° T. 31, L. 4° T. 5° princ., e varios outros.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—Termos de fiança prestada em Juizo, ou em Repartição Publica, págão sello proporcional.

(3) *Fiança convencional*: a dos contractos, sobre que legisla a Ord. L. 4° T. 59.

Questões derivadas de fianças convencionaes são da competencia do Poder Judicial, salvo se forem relativas á contractos celebrados com a administração da Fazenda, que tenhão por objecto quaesquer rendas; e obras, ou serviços publicos, á cargo da mesma administração—Decr. n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 Art. 1° § 2°.

O Cod. Crim. no Art. 149 pune o Empregado Publico, que dá por fiadôr seu subalterno.

3.ª ED.

Cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 1°—Escripturas publicas, e escriptos particulares, de *fiança*; *cartas de credito*, e *abono*; págão sello proporcional.

Fiança é *caução*, é *garantia*, mas a *caução* póde não sêr *fiança (caução fideijussoria)*, porque póde sêr *caução pignoratícia*, *caução hypothecaria*, *caução juratoria*; a *garantia* póde não sêr *fiança*, porque póde sêr *endosso de credito*, que é cessão garantida, visto que o *cedente endossante* responde pelo pagamento do credito cedido ao *cessionario endossatario*.

Aval não é *fiança* (Cod. do Com. Art. 397), pôsto que a *fiança* possa dar-se por motivos semelhantes aos do *aval*.

Art. 777. Nas fianças legaes, e nas judiciaes, o fiadôr, além de têr a livre administração de seus bens, deve possuir bens de raiz livres, e desembargados, na mesma Comarca, ou no Termo, onde se-obriga (4).

Art. 778. São fiadôres legaes, e solidarios, dos arrematantes de rendas publicas, os socios presentes e futuros das arrematações, e os que nellas tiverem interesse, ainda que não assignem os contractos (5).

Art. 779. Nestas fianças as testemunhas de abonação supprem as faltas dos fiadôres (6).

---

(4) Ord. L. 1° T. 62 § 38, Cod. do Proc. Crim. Art. 107, Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 Art. 46, Regul. n. 120 de 31 Janeiro de 1842 Art. 303. A posse de bens de raiz sufficientes mostra-se ordinariamente por conhecimentos ou certidões da decima urbana, e nos outros casos pela exhibição dos titulos de propriedade. A prova de se-acharem livres e desembargados os bens faz-se por certidões negativas do registro das hypothecas.

Pelo facto da juncção de taes certidões negativas não se-segue, que a fiança fique convertida em hypotheca. Para que os bens do fiadôr se-reputem hypothecados, é necessario, que elle tenha expressamente convencionado a hypotheca, e por escriptura publica, em conformidade do Art. 4° § 6° da novissima Lei hypothecaria. « Não só o fiadôr (palavras do Art. 2° §° 7 dessa Lei) porém tambem qualquer terceiro, póde hypothecar seus bens pela obrigação alheia. »

3.ª ED.

Sobre as fianças criminaes temos as alterações da Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 14, e seu Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Arts. 30 á 37.

(5) Lei de 22 de Dezembro de 1761 T 2° § 31.

(6) Alv. de 2 de Junho de 1774 § 14. Assim se-tem entendido, e praticado, posto que o citado Alv. trata da arrematação de commendas, vagas, quando os arrematantes não tinhão fiadôr. As fianças judiciaes são sempre prestadas o

Art. 780. A respeito da fiança prestada por homem casado sem outorga da molhér guardar-se-ha o dispôsto nos Arts. 131, 132, e 133 (7).

Art. 781. As molhéres não podem sêr fiadôras, nem tomar sobre si obrigações alheias (8).

Art. 782. Quando venhão á contrahir taes fianças, e responsabilidades por factos alheios, concede-se-lhes o *beneficio de exoneração*, para que não sejão prejudicadas (9).

---

assignadas com duas testemunhas abonatorias, e a abonação vem á sêr *reforço de fiança*. Nas que se-prestão judicialmente (diz o Art. 258 do Cod. Com.) as testemunhas de abonação ficão todas solidariamente obrigadas na falta do fiadôr principal. *E por duas testemunhas que subsidiariamente se-obriguem*, diz a Art. 102 de Cod. do Proc. Crim.

(7) Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 Cap. 170, e Ord. L. 4° T 60.

(8) Ord. L. 4° T. 61 princ.

Na generalidade das palavras—*nem tomar sobre si obrigações alheias*—comprehendem-se por certo as hypothecas, e penhôres por obrigações alheias.

Não se-comprehendem endossos de letras, e de outros papeis endossaveis, quando forem cessões. Assim observo, porque vulgarmente usa-se da palavra—*endosso*—para designar —*fiança*—.

(9) Ord. L. 4° T. 61 princ., e § 10. Para acabar com a celebre denominação de—*beneficio do Velleano*—, proponho a que se-acha no Art., que é bem intelligivel, e imita a dos Arts. 259 e 262 do Cod. do Com. Tal beneficio só aproveita ás molhéres solteiras, e não ás casadas, quando prestarem fianças com seus maridos. Vid. Ord L. 4° T. 60.

3.ª ED.

« A Ord. L. 4° T. 60 (Rebouças Observ. pag. 116) não prova o asserto da Nota, nem mesmo *a contrario sensu*, dizendo, etc. »

Tanto prova, que não lhe-foi possivel demonstrar sua negativa, summariando apenas conclusões incontroversas. Se a fiança prestada pelo marido sem outorga de sua molhér não

Art. 783. Não gozão as molhéres deste beneficio :

§ 1.° Quando afiançarem promessas de dote para casamento (10) :

§ 2.° Quando enganarem o credôr, fingindo-se homens com trajos disfarçados, ou inculcando-se herdeiras do devedôr (11):

§ 3.° Quando fôrem herdeiras de outrem, e renovarem em si a obrigação do seu antecessôr (12) :

§ 4.° Quando se-obrigarem á pagar á seus fiadôres o que estes pagárão por ellas (13) :

§ 5.° Quando fôrem herdeiras, no todo, ou em parte, daquelle, á quem afiançarão (14)

§ 6.° Quando recebêrem do devedôr afiançado a quantia, ou o objecto, da fiança (15) :

§ 7.° Quando fôrem commerciantes (16).

Art. 784. Nestes casos, em que as molhéres não gozão do *beneficio de exoneração*, podem usar do *beneficio de restituição*, se fôrem menores ao tempo da responsabilidade (17).

Art. 785. O *beneficio de exoneração* concedido ás molhéres não póde sêr por ellas renunciado, salvo quando se-obrigarem como Tutôras ou Curadôras de seus filhos, ou netos, em conformidade do Art. 247 (18). (Art. 390 § 2.°)

---

obriga a meação della, obriga por certo no caso contrario de têr havido outorga; e, assim obrigando, não póde a molhér invocar o *beneficio do Velleano*.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 61 § 2°.

(11) Ord. L. 4° T. 61 § 3°.

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 61 § 4°.

(13) Cit. Ord. L. 4°. T. 61 § 4°.

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 61 § 5°.

(15) Cit. Ord. L. 4°. T. 61 § 6°.

(16) Ass. de 2 de Dezembro de 1791, Art. 27 do Cod. do Com. *in fin.*, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 593.

(17) Ord. L. 4°. T. 61 § 7°.

(18) Cit. Ord. L. 4°. T. 61 § 9°, e T. 102 § 3°.

Art. 786. Não podem sêr fiadôres os Thesoureiros, Recebedôres, e Collectôres, da Fazenda Publica : e serão nullas as escripturas de fiança, que assignarem (19).

Art. 777. Não podem sêr fiadôres das rendas publicas os devedôres da mesma Fazenda, e todos os que se-acharem para com ella constituidos em obrigação pecuniaria (20).

Art. 788. O fiador não póde sêr demandado antes do devedôr principal, e de excutidos os bens deste, o que tambem procede nas execuções fiscaes (21).

Art. 789. Cessa este *beneficio de ordem*, ou *excussão* (22):

§ 1.° Se o fiador expressamente o-renuncia (23)

§ 2.° Se, posto que não o-renunciasse expressamente, obrigou-se como *principal pagadôr* (24):

---

(19) Regim. de 17 de Outubro de 1516 Cap. 196. Porque (se diz) emquanto assim fôrem nossos officiaes, sempre seus bens queremos, que nos-sejão obrigados.

3.ª ED.

« Das palavras, que exhibe a Nota (Rebouças Observ. pag. 18), o que conclue é a sancção de uma *hypotheca legal.* »

Taes palavras exhibi para vêr-se a razão do prohibido no texto. Por causa da *hypotheca legal* da Fazenda Publica nos bens de seus Thesoureiros, etc., prohibio-se-lhes sêrem fiadôres.

A prohibição está nestas palavras:—*nem sejão fiadôres de nenhumas pessôas, etc.* »

Sobre as fianças concernentes á hypotheca legal dos responsaveis para com a Fazenda Publica, veja-se a legislação citada ao Art. 1272 § 1° *infra*.

(20) Decr. de 3 de Agosto de 1790.

(21) Ord. L. 4° T. 59 princ., e T. 61 § 8°. Quanto ás execuções fiscaes—Ord. L. 2° T. 52. § 4°.

(22) Tambem se-lhe-dá o nome de *beneficio* ou *excepção de discussão*.

(23) Cit. Ord. L. 4° T. 59 § 2°.

(24) Ord. L. 4° T. 59 § 3°.

§ 3.° Se, tendo negado a qualidade de fiadôr, fôr della convencido (25):

§ 4.° Se se-provar, que o devedôr nada tem, por onde satisfaça (26):

§ 5.° Se o devedôr estivér ausente do Termo de seu domicilio (27):

§ 6.° Nas fianças commerciaes (28):

§ 7.° Nas fianças de rendas publicas (29).

Art. 790. No caso do § 5° do Art. antecedente o fiadôr poderá requerêr a concessão de um prazo razoavel para fazêr citar ao devedor, e trazê-lo á Juizo (30).

---

(25) Ord. L. 4° T. 59 § 1°.

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 59 princ.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 59 princ.

(28) Não se-póde autorisar esta disposição com o Art. 258 do Cod. do Com., porque a palavra—*solidaria*—ahi empregada indica a obrigação de pagar o total da divida, quando ha mais de um fiadôr; mas o Art. 261 suppõe, que o fiadôr póde sêr executado de preferencia ao devedôr originario.
Veja-se o Art. 591 do Regul. Com. n. 737.

3.ª ED.

Attenderei no Comment. do Cod. do Com. ao trabalho transcripto no *Direito* Rev. de 1874 pag. 169 sob este quesito:—Os fiadôres commerciaes gozão do beneficio de ordem?—

(29) Assim se-tem entendido a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 2° § 31, depois que o Decr. do 1° de Setembro de 1779 tornou á admittir as fianças. Antes não era assim, como vê-se no Regim. de 1516 Caps. 112, e 173.
Contesta o Sr. Rebouças (Observações á este Art. § 7°) a intelligencia, que se-tem dado á Lei de 22 de Dezembro de 1761 § 31. Não justifiquei tal intelligencia, apenas a-indiquei. Este privilegio da Fazenda Nacional, attestado por tantos exemplos, abona-se com as Instr. de 31 de Janeiro de 1821 Art. 16, e com o Man. do Proc. dos Feitos §§ 93 e seguintes.

(30) Ord. L. 4° T. 59 princ.

Art. 791. Sendo dois, ou mais, os fiadôres, não poderáõ allegar o *beneficio de divisão*; e cada um delles fica *in solidum* obrigado, e sujeito á sêr demandado por toda a divida (31). (Art. 390 § 4.°)

Art. 792. Podem porém os co-fiadôres prevenir no contracto a parte, pela qual fica obrigado cada um delles (32).

Art. 793. Nas fianças judiciaes o credôr póde executar o fiadôr pela mesma sentença, que obtivér contra o devedôr (33).

Art. 794. O fiadôr judicial goza do mesmo beneficio, que pelo Art. 788 é concedido aos fiadôres dos contractos (34).

---

(31) Ord. L. 4° T. 59 § 4°, (Art. 258 do Cod. do Com., Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 592).

3.ª ED.

As obrigações *in solidum* são as *obrigações solidarias*, isto é aquellas, em que dois, ou mais, *co-devedôres* estão obrigados á pagar a divida por inteiro á escolha do credôr. *Devedôres solidarios* são esses co-devedôres, ou devedôres principaes, ou *co-fiadôres*, como no caso do nosso Art. 791. *Credôres solidarios* são dois, ou mais, credôres de uma só divida, com direito cada um de cobral-a por inteiro. D'ahi o substantivo generico—*solidariedade*—, que distingue-se em—*solidariedade passiva*—, designando a dos *co-devedôres*; e—*solidariedade activa*—, designando a dos *concredôres*.
Aos co-obrigados solidariamente dá-se o nome de—*co-réos debendi*—.
O Art. 806 *infra* contem um caso de *obrigação solidaria* constituida pela Lei.

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 59 § 4°.

(33) Ord. L. 3° T. 92, e T. 86 § 3°.
Nisto o fiadôr judicial se-distingue do fiadôr do contracto, visto que este não póde sêr executado pela sentença proferida contra o principal devedôr, porém deve sêr préviamente ouvido e condemnado.

(34) Cit. Ord. L. 3° T. 92, e T. 86 § 4°—*não lhe-achando á elle logo bens*—.

Art. 795. Estando ausente o devedôr, se o fiadôr mostrar bens desembargados, e sufficientes para o pagamento, nesses bens correrá a execução, e ficará livre o fiadôr (35).

Art. 796. Pagando o fiadôr, fica subrogado no direito e acção do credor para havêr do devedôr a quantia paga com todas as pêrdas e interesses (36).

Art. 797. Todas as vezes que a obrigação principal fôr nulla, será tambem nulla a obrigação accessoria do fiadôr (37).

TITULO III

DO DAMNO, E ESBULHO

Art. 798. Todo o delinquente está obrigado á satisfazer o damno, que causar com o delicto (1).

---

(35) Cit. Ord. L. 3° T. 92.

(36) Cit. Ord. L. 3° T. 92 *in fin.* Não diz a nossa Lei positivamente, que a *cedencia* se-opéra *ipso jure*, porém na pratica nunca a *cedencia expressa* é exigida—Art. 260 do Cod. do Com.

3.ª ED.

Esta *cedencia virtual* por disposição da Lei chama-se—*beneficio de subrogação*—.

(37) Ord. L. 4° T. 48 § 1°, T. 50 § 2°, e T. 67 § 8°. Coincide com as disposições dos Arts. *supra* 392 e 775.

(1) Cod. Crim. Art. 21. Este Titulo corresponde, com o pouco que temos, á parte dos direitos pessoaes, que nascem dos *delictos* e *quasi-delictos*.

3.ª ED.

As disposições aqui consolidadas sobre o *damno* provão, que não soubemos entendêr o § 18 Art. 179 da Const. do Imperio, quando manda organisar quanto antes (note-se bem) —*um Codigo Civil, e Criminal*—. Organisar, como organisamos em 1830, um Codigo Criminal, sem termos ainda um Codigo Civil, foi um erro, foi uma trangressão do sabio pensamento da Legislação Fundamental ; e continuamos á errar, pretendendo agora fazer um Codigo Civil separado, como legislação diversa da do Codigo Criminal. As disposições criminaes são a sancção inseparavel das disposições civis, e tal foi o espirito do nosso legisladôr constitucional, mandando organisar um—*Codigo Civil e Criminal*—. Não será possivel corrigir este erro, reunindo em um só Codigo, e na mais completa harmonia, o que sem idéa de unidade se tem feito, e pretende-se fazêr, em dois Codigos diversos? Sem a correcção d'este erro o Codigo Civil não poderá seguir o methodo indicado em nossa Tabella—*de constituendo*—, onde em sua comprehensão os direitos são *absolutos e relativos*.

Art. 799. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil. Não se-poderá mais questionar sobre a existencia do facto, e sobre quem seja seu autôr, quando estas questões se-achem decididas no crime (2). (Art. 869)

---

(2) Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 68, que revogou o Art. 31 do Cod. Crim., e o § 5° do Art. 269 do Cod. do Proc. A materia portanto do Cap. 4° Part. 1ª T. 1° do Cod. Crim. sobre a satisfação do damno causado pelo delicto passou para seu logar proprio, que é a legislação civil. Estava no Cod. Pen., porque o Juizo Criminal tomava então conhecimento da indemnisação. Hoje não é mais preciso declarar nas petições de queixa o valôr do damno soffrido, conforme ordenava o Art. 79 § 2° do Cod. de Proc. Estão igualmente revogados o Art. 32 do Cod. Crim., e Art. 226 do Cod. do Proc.; posto que a Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 tenha decidido por modo diverso. Como é que a reducção da satisfação do damno á prisão póde sêr o effeito de uma sentença civil? Se não é effeito da sentença civil, tambem não é da sentença criminal, que nada julga sobre a indemnisação. Como é que o Juiz criminal faz uma execução criminal sem sentença? Como se-póde convertêr uma questão civil em criminal do mesmo processo, principiando esse processo no Juizo civil, e acabando no Juizo criminal? Se a indemnisação do damno proveniente do crime é hoje puramente civil, cahe na disposição humanitaria da Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

Art. 800. A indemnisação será sempre a mais completa, que fôr possivel; em caso de duvida, será á favor do offendido (3).

Art. 801. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e aos bens, do offendido, será avaliado por arbitros, em todas as suas partes, e consequencias (4).

Art. 802. No caso de restituição, far-se-ha esta da propria cousa, com indemnisãção dos deterioramentos; e, na falta della, do seu equivalente (5).

Art. 803. Se a propria cousa estivér em podêr de terceiro, será este obrigado á entregal-a, havendo a indemnisação pelos bens do delinquente (6).

Art. 804. Para se-restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, comtanto que este não excêda a somma daquelle (7).

Art. 805. Na satisfação se-comprehenderáõ, não só os juros ordinarios do valôr do damno causado dêsde o momento do crime, como tambem os juros compostos (8).

---

(3) Cod. Crim. Art. 22.

(4) Cod. Crim. Art. 22, Cod. do Proc. Crim. Arts. 290, e 338.

3.ª ED.

O mal *á pessôa*, e *seus bens*, ou quaesquer delictos, avaliado em todas as suas partes, e consequencias, fôra reductivel sem inconveniente ao què chama-se prestação de—*pêrdas e damnos*,—*pêrdas e interesses*,—*lucros cessantes e damnos emergentes*; e que vem á ser, o que effectivamente perdeu-se, e o que se-deixou de ganhar. Estas expressões entretanto é de uso applicarem-se unicamente ás faltas dos devedôres por obrigações não derivadas de delictos puniveis pelas leis criminaes.

(5) Cod. Crim. Art. 23.

(6) Cod. Crim. Art. 24.

(7) Cod. Crim. Art. 25.

(8) Cod. Crim. Art. 26.

Art. 806. Quando o crime fôr commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos; ficando, porém, cada um delles solidariamente obrigado (9).

Art. 807. Será obrigado á satisfação, posto que não seja delinquente, o que gratuitamente tivér participado dos productos do crime até a concurrente quantia (10).

Art. 808. Serão igualmente obrigados á satisfação do damno, posto que não possão sêr punidos (11):

§ 1.° Os menores de quatôrze annos (12):

---

(9) Cod. Crim. Art. 27. Vid. Not. ao Art. 791 *supra*.

(10) Cod Crim. Art. 28 § 2°. Vid. Art. 749 *supra*,

Quanto á satisfação do damno, tambem é obrigado, posto que não seja delinquente, o senhôr pelo escravo—Cod. Crim. Art. 28 § 1°. Confere como a Ord. L. 5° T. 86 § 5°, que impunha ao senhôr a obrigação de pagar o damno, ou de dar o escravo para pelo prêço da venda sêr pago o damno.

É applicavel esta disposição ao *estado-livre*—L. 9ª Dig. *de statulib*. Vid. Not. ao Art. 42.

Quando não for possivel a venda do escravo em razão da pena corporal, que tenha de cumprir; está claro, que o senhôr do escravo á nenhuma indemnisação fica obrigado.

Escravos, que cumprem sentença, ficão ainda escravos? A solução affirmativa parece-me evidente.

3.ª ED.

Av. n. 13 de 12 de Janeiro de 1854—O senhôr do escravo é responsavel pela *pena pecuniaria* (não é satisfação de damno), em que este incorrêr, até onde chegar seu valôr. Se recusar pagal-a, deve sêr penhorado e arrematado o escravo para satisfação della. A prisão do Art. 135 do Regul. de 22 de Junho de 1836, substitutiva da referida pena, é só applicavel aos indigentes sem meios alguns de pagar; sendo que aquelle, que possúe um escravo, que valêr mais do que a multa, não está em taes circumstancias.

(11) Cod. Crim. Art. 11.

(12) Cod. Crim. Art. 10 § 1°.

§ 2.° Os loucos de todo o genero (13):

§ 3.° Os que commettêrem crimes, violentados por força, ou medo, irresistiveis (14):

§ 4.° Os que commettêrem crimes casualmente no exercicio de qualquer acto licito, praticado com attenção ordinaria (15).

Art. 809. A' indemnisação do damno causado pelos loucos estão igualmente sujeitos seus respectivos Curadôres no caso do Art. 320 (16).

Art. 810. A obrigação de satisfazêr o damno passa aos herdeiros dos delinquentes até o valôr dos bens herdados, e o direito de havêr a satisfação passa aos herdeiros do offendido (17).

Art. 811. Aos que pacificamente possuirem alguma cousa concede-se o remedio do *interdicto recuperatorio*, se-fôrem injustamente esbulhados, para que de prompto sejão restituidos á sua posse (18).

---

(13) Cod. Crim. Art. 10 § 2°.
(14) Cod. Crim. Art. 10 § 3°.
(15) Cod. Crim. Art. 10 § 4°.
(16) Ord. L. 4° T. 103 princ.
(17) Cod. Crim. Art. 29. Vid. Not. ao Art. 1272 § 4°.

3.ª ED.

Cod. Crim. Art. 66—O perdão, ou a minoração, das penas pelo Poder Moderador não exime o réo da indemnisação do damno.

O perdão do offendido, posto que não exima o réo das penas (Cod. Crim. Art. 67), exime da indemnisação do damno.

(18) Ord. L. 3° T. 78 § 3°, L. 4° T. 58 princ. A posse, que se-protege com os interdictos possessorios, nem é a posse—*modus adquirendi*—, principio do dominio, tanto na *occupação* das cousas sem senhor—*res nullius*—, como na *tradição* feita pelo proprietario; nem é a posse, um dos elementos da pres-

Art. 812. Concede-se mesmo, que o possuidôr esbulhado possa desforçar-se, e recuperar por autoridade propria sua posse, comtanto que o-faça *logo* (19).

---

cripção adquisitiva—*usucapio*—. Os interdictos possessorios derivão de obrigações *ex delicto*, pertencem á classe dos *direitos pessoaes*, e não podem sêr intentados contra todo o possuidor; posto que por Direito Canonico se-introduzisse o contrario, subvertendo-se os verdadeiros principios, que dominão esta materia.

3.ª ED.

Vid. Arts. 151 e 1143.

Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7° n. 4°—Para liquidação do preço dos bens sujeitos ao imposto de transmissão de propriedade, o valor da *posse* será de metade do valor da *propriedade*.

—*Aos que pacificamente possuirem alguma cousa*—, ou a posse seja de um só possuidor; ou seja—*composseссão*,—isto é, de dois ou mais *compossuidôres*.

(19) Ord. L. 4° T. 58 § 2°. A Ord. L. 3° T. 78 § 5° é applicada pelos Praxistas aos interdictos—*retinendæ possessionis*. A Ord. não falla em posse, diz—*offendêr na pessoa—tomar suas cousas*—. Estes factos dão hoje logar aos *termos de segurança*, de que tratão as Leis do Processo Criminal.

« A Ord. L. 3° T. 78 § 5° (Rebouças Observ. á este Art.) autorisa as manutenções, pondo-se ao abrigo tutelar da Autoridade judicial o que se-temêr de outro, que queira sem razão occupar e tomar suas cousas. Mesmo quanto ao temêr alguem de outro, que o-queira offendêr na pessôa, não é hoje que tem logar os têrmos de segurança, de que tratão as Leis do processo criminal; porquanto em todos os tempos tiverão logar os termos de caução, ou de segurança, e bem vivêr, etc. Vendo-se não menos bem, que uma só das causas, de que trata a cit. Ord., a respectiva ás offensas á pessoa, é que dá logar hoje, como em todos os tempos, aos têrmos de segurança; continuando a outra causa á pertencêr ás justiças civis; *scilicet*, a de temêr alguem de outros, que lhe-queirão sem razão occupar e tomar suas cousas. »

Pode-se concedêr, que a Ord. citada refere-se ás manutenções de posse na parte, em que falla da occupação de cousas, não obstante a intelligencia que lhe-dá Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 192 Not. O que porém não se-pode concedêr é,

Art. 813. O espaço de tempo, em que o desforço immediato poderia ter logar, deixa-se ao arbitrio do Juiz, segundo as circumstancias (20).

Art. 814. Tendo sido commettido o esbulho á menos de anno e dia, compete ao esbulhado a *acção de força nova*, que será summaria (21).

---

que os têrmos de segurança (da legislação antiga ou moderna) não possão tambem ter por causa o temôr de esbulho, ou occupação de cousas. O Art. 12 § 3º do Cod. do Proc. Crim. diz em geral—legalmente suspeitos da pretenção de commettêr algum crime—. O Art. 112 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 diz com a mesma generalidade—justa razão para temêr que outra pessoa tenta um crime —. Quem não sabe, que os crimes commettem-se contra a pessoa, e contra a propriedade?

3.ª ED.

Contra a propriedade a violencia tem o nome de *esbulho* até o crime de roubo. Contra a pessoa tem o nome de *aggressão*.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 58 § 2º. Attende-se ás circumstancias do facto espoliativo, e subretudo á distancia da residencia das Autoridades; mas tem cessado, com a nova ordem politica, a distincção do espolio feito por Fidalgo, Cavalleiro, ou pessoas poderosas.

3.ª ED.

Moderamen inculpatæ tutelæ—chama-se a proporção, em que a defeza deve correspondêr ao ataque, de modo que o *aggredido* ou *esbulhado* não vá além do que, segundo as circumstancias, exigem a defeza da nossa *pessôa* ou propriedade —Cod. Crim. Art. 14 sobre os *crimes justificaveis*.

Offensas chamei no Esboço do Cod. Civ. Arts. 842 e 843 aos *actos illicitos* entre os *delictos* e as *faltas*.

(21) Ord. L. 2º T. 1º § 2º, L. 3º T. 30 § 2º, e T. 48 *per totum*. Sob o influxo do Direito Canonico a Ord. L. 2º T, 1º § 2º diz—*em qualquer cousa, assim movel, como de raiz*—; mas o esbulho das cousas moveis é *furto*, que dá logar á acção criminal do Art. 257 do Cod. Pen.

Art. 815. Se o esbulhadôr tivér algum direito sobre a cousa, perdê-lo-ha em proveito do esbulhado (22).

Art. 816. Se não tivér direito, pagará ao esbulhado outro tanto, quanto a cousa valêr, além da indemnisação das pêrdas e damnos (23).

Art. 817. Não se-admitte nas acções de força a defeza fundada em dominio, ou em outro qualquer direito, que se-allegue têr sobre a cousa esbulhada (24).

Depois de passado o anno e dia, a acção é de—*força velha*—, e seu curso é ordinario.

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 151 sobre a *acção de força nova*, que protege a posse da viúva cabeça de casal, e á que Suzano Cod. Orphan. pag. 30 Not. 20 neste caso attribue duração perpetua.

(22) Ord. L. 4º T. 58 princ. Não está em uso semelhante pena, nem o procedimento de que trata o Art. 819, que á este se-refere.

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 58 princ. Costuma-se demandar somente a restituição da cousa, com indemnisação de pêrdas e damnos.

(24) Ord. L. 3º T. 40 § 2º, T. 78 § 3º, e L. 4º T. 58 princ. Os interdictos possessorios são muito protegidos. Delles se-conhece em férias—Ord. L. 3º T. 18 § 11, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 5º. O Juiz póde fazêr perguntas (o que se não usa) em qualquer estado da Causa—Ord. L. 3º T. 32 princ. Não se-admitte reconvenção, para que não seja impedida a restituição da cousa esbulhada—Ord. L. 3º T. 33 § 4º. O Desembargo do Paço expedia tambem Cartas para mantêr em posse, e restitutorias da posse em favôr dos esbulhados (Ord. L. 1º T. 3º § 6º, e L. 3º T. 85 § 1º), o que cessou pelo Art. 7º da Lei de 22 de Setembro de 1828.

Art. 818. Todavia, não se-deve julgar a posse em favôr daquelle, á quem se-mostra evidentemente não pertencêr a propriedade (25).

Art. 819. Cessa a pena do Art. 815, se o esbulho consistir na occupação de cousa vaga, que não fosse corporalmente possuida por outrem; e, em tal caso, o esbulhadôr póde provar summariamente seu dominio em quatro dias peremptorios (26).

---

(25) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 2° quesito. Eis uma interpretação luminosa, para não seguir-se (como diz o Ass.) um absurdo visivel.

3.ª ED.

Não se-perde o dominio pelo roubo—Prov. de 26 de Março de 1720. Vid. Not. ao Art. 884.

(26) Ord. L. 4° T. 58 § 1°, que á este esbulho chama—*quasi força*—; e ao esbulho, em que tem logar a pena do Art. 815,—*força verdadeira*—. Supprimo a outra determinação deste § sobre a restituição da posse, não obstante a prova em contrario sobre a propriedade; porque repugna com a sã doutrina do Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, que tenho aproveitado.

O Sr. Rebouças, nas Observações á este Art., entende, que não devêra sêr supprimida a determinação da Ord. L. 4° T. 58 § 1° sobre a restituição da posse á despeito da prova do dominio; e sua argumentação se-reduz á necessidade de uma acção ordinaria, para que o dominio seja amplamente discutido; e se-possa alcançar a notoria evidencia, de que falla o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

Tal censura não é contra nós, é só contra o citado Assento, que reputou possivel a notoria evidencia do dominio nos *interdictos restitutorios*, que não são acções ordinarias. Rejeite-se, ou não, o Assento. Rejeitado, prevalecerá a censura. Não rejeitado, deviamos sêr coherentes com a regra do nosso Art. 818.

3.ª ED.

« O forçadôr (Dig. Brazil. 3° Vol. pag. 106 Not.), depois de cahir da acção de força, pode interpôr (intentar) a de reivindicação, estando no caso da Ord. L. 4° T. 58 § 1°; *e vencendo esta, ainda o forçado pode pôr-lhe a acção de força para conservar a posse, em que estava, quando foi forçado.* »

Que absurdo no final dessa Nota! Como usar da acção de fôrça contra o vencedôr em acção de reivindicação quem perdeu a posse por legitima execução da respectiva sentença? Fôra um *bis in idem*! Fôra ligitar contra a regra—*jure suo qui utitur, nemini injuriam facit*—! Fôra provocar uma excepção—*rei judicatæ*—, e de victoria infallivel! Nas acções reaes (Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 298), succumbindo alguem no seu petitorio, não pode formar nova demanda pedindo a restituição da mesma cousa, de que já foi excluido.

Art. 820. Se o esbulhado, além de pedir a restituição da cousa, demandar a pena imposta ao esbulhadôr, a acção deve corrêr os termos ordinarios (27).

Art. 821. O possuidôr, que fôr penhorado por execução de divida alheia, póde oppôr-se á esta turbação com embargos de terceiro possuidôr (28).

TITULO IV

DA EXTINCÇÃO DOS DIREITOS PESSOAES

CAPITULO I

Do pagamento

Art. 822. Serão recebidas nas Estações Publicas, e nos pagamentos entre particulares, as moedas autorisadas pelas Leis em vigor (1); e pelo modo, que ellas determinão (2).

---

(27) Ord. L. 3° T. 48 § 5°. Não ha essas demandas em nosso Fôro.

(28) Ord. L. 3° T. 86 § 17 *in fin.* Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 12—*e sendo igualmente certo, que os embargos de terceiro senhor e possuidor contêm por sua natureza um remedio meramente possessorio, no qual sempre se-ajuntão os titulos, ainda que se não trate senão de justificar com elles a posse*—.

(1) Lei n. 401 de 11 de Setembro de 1846, Decr. n. 487 de 28 de Novembro de 1846, Decr. n. 475 de 20 de Setembro de

1847, Decr. n. 625 de 28 de Julho de 1849. As Ordens n. 212 de 25 de Novembro de 1850, e n. 251 de 21 de Dezembro do mesmo anno, declarão o que se-deve entendêr por *moeda nacional*. Veja-se tambem o Decr. n. 558 de 25 de Outubro de 1848, e a Ord. n. 67 de 27 de Maio do mesmo anno.

3.ª ED.

Decr. n. 2004 de 24 de Outubro de 1857—Manda recebêr nas Estações Publicas do Imperio as moédas denominadas—*soberanos*—.

Decr. n. 3307 de 14 de Setembro de 1864—Dá curso forçado, por emquanto, aos bilhetes do Banco do Brazil.

Decr. n. 3966 de 30 de Setembro de 1867—Para execução do Art. 37 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 sobre a cunhagem das moédas de prata.

Decr. n. 4019 de 20 de Novembro de 1867—Para execução dos Arts. 3º da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, e 38 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, sobre a cunhagem das moédas de bronze.

Decr. n. 1817 de 3 de Setembro de 1870—Manda fabricar moédas de trôco de um metal composto de nikel e cobre.

Decr. n. 4822 de 18 de Novembro de 1871—Determina os valôres, pêsos, titulos, e modulos, das moédas de prata e de nikel.

Decr. n. 5469 de 19 de Novembro de 1873—Autorisa a cunhagem de moédas de bronze de 40 réis.

Av. n. 454 de 26 de Novembro de 1874—As notas circulantes, embora dilaceradas, devem sêr aceitas nas Estações Publicas, quer *em pagamento de direitos*, quer por substituição ou trôco, uma vêz que sejão reconhecidas verdadeiras; salvo, se estiverem comprehendidas na regra 3ª da Ord. n. 69 de 18 de Fevereiro de 1871.

Diz essa regra 3ª:—Não se-admittirão ao trôco fracções de notas de menos de metade das respectivas estampas, podendo porém os portadôres recorrêr ao Thesouro, justificando seu direito em todos os casos não previstos nas duas regras antecedentes.

Paga-se com o agio das moédas no caso do Art. 1258 *infra*.

(2) Decr. n. 625 de 28 de Julho de 1849 Art. 2º. As moédas de prata não são admittidas (salva a convenção) senão até a quantia de 20$000 rs.

3.ª ED.

Pode-se generalisar a disposição do Art. 1258 *infra* Consolid.

Art. 823. Esta disposição não impede, que sobre o modo do pagamento cada um convencione como lhe-aprouvér (3).

Art. 824. A escriptura publica é necessaria para provar o pagamento nos casos, em que a Lei a-exige para provar a obrigação, ou quando esta foi estipulada por escriptura publica (4). (Art. 370)

---

(3) Lei n. 401 de 11 de Setembro de 1846 Art. 3º, citado Decr. n. 625 de 28 de Julho de 1849 Art. 2º. Está pois revogada a Ord. L. 4º T. 21, que coarctava a liberdade das convenções quanto á moeda dos pagamentos, e tambem está revogada a Ord. L. 1º T. 78 § 16 sobre o pagamento em moedas antigas.

(4) Ord. L. 3º T. 59 princ., e § 3º. Estão em costume os recibos, ou as quitações particulares, seja qual fôr a quantia.

Em relação ás dividas com hypotheca, veja-se a Not. 4 ao Art. 1302.

« Não se-pode dizêr, que isto esteja em costume (Rebouças Observ. á esta Not.), nem juridicamente á vista da Lei de 18 de Agosto de 1769, nem mesmo de facto, porque um ou outro devedôr por escriptura publica tenha incorrido nessa facilidade sem vir á soffrêr a sancção legal, e suas consequencias, etc. Em summa, conforme a Ord. L. 3º T. 20 §§ 15, 22, e seguintes, T. 25, e 59, não se-podem provar pagas e quitações de escripturas senão por outras escripturas; e nada de crêr em costumes injustificaveis perante a razão, e a lei. *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt. Nihil tam naturale est, quam eo modo quidquam dissolvere quo colligatum est.* »

O nosso Art. 824 não exige escriptura publica para prova do pagamento nos casos somente, em que a obrigação foi estipulada por escriptura publica; exige-a tambem nos casos em geral, em que a obrigação deve sêr provada por escriptura publica. Nada mais commum entre nós do que vêr-se creditos (instrumentos particulares assignados pelo devedôr) de quantias avultadas, os quaes pagão-se mediante um simples recibo do credôr escripto no mesmo. Que este costume nada tem de injustificavel perante a razão, confirma-se pelo Art. 122 do Cod. do Com., que addmitte escriptos particulares para prova dos contractos commerciaes, qualquer que seja o valôr destes. E que nada tem de injustificavel perante a Lei

civil (as citadas Ords. L. 3° T. 20 §§ 15, 22, e seguintes, T. 25, e 59) mostra-se pela simples distincção—entre a forma dos contractos e a prova dos contractos;—entre os casos, em que a escriptura publica é da substancia dos contractos, e aquelles, em que só é necessaria para sua prova—.

O nosso texto, ou antes a Ord. L. 3° T. 59 princ., e § 3°, não diz, que o pagamento só póde sêr feito por escriptura publica nos casos, em que a Lei a-exige para prova da obrigação; o que diz é—*a escriptura publica é necessaria para provar o pagamento*—.

Não se-pode dizêr, que é injustificavel o costume das quitações por escripto particular senão relativamente aos casos, em que a obrigação foi estipulada por escriptura publica; entendendo-se, que em taes casos a escriptura publica tambem é da substancia do pagamento, e que portanto o pagamento só póde sêr provado por escriptura publica.

3.ª ED.

Regul. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 23—A isenção do sello proporcional no Art. 38 § 18 do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 só comprehende:

As quitações e recibos particulares de aluguel, ou arrendamento, de predios urbanos ou rusticos, de fôro, pensão; e locação de moveis, semoventes, e de serviços:

Os recibos nas contas de venda, ainda que estas se não achem incluidas na disposição do Art. 6° § 13 do cit. Regul.:

Em geral, quaesquer outros recibos, que não valhão como titulos de transacções; mas apenas como documentos déclarativos, ou comprobatorios, de alguma data, facto, ou qualidade.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 16—São isentas do sello proporcional quitações de dinheiro provenientes de contractos, que tenhão pago sello proporcional:

Exceptuão-se as que comprehendão pagamento de juro, ou de quantia não computada no titulo principal, as quaes págão o sello do accrescimo.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 13 § Unico. Os recibos de 50$000 réis, ou de maior valôr, pagaráõ o sello fixo de 200 réis.

Assim dispõe o cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 13 § 1°.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 119 e 120) na sua censura sobre os modos de provar o pagamento, mas

Art. 825. **Não póde o credôr exigir mais do que se-lhe-deve, ou exigindo uma cousa por outra, ou não descontando o que já tivér recebido, ou exigindo antes do vencimento do prazo, ou do cumprimento da condição** (5).

Art. 826. O credôr, que demandar de má fé mais do que se-lhe-deve, será condemnado no tresdôbro das custas correspondentes á parte, de que o devedôr fôr absolvido (6).

Art. 827. Não terá logar esta pena, se o credôr reduzir o pedido á seu justo limite antes da contestação da lide (7).

Art. 828. O credor, que demandar antes do vencimento do prazo, ou do cumprimento da condição, será condemnado nas custas em dôbro; incorrendo além disto na pena de esperar outro tanto do tempo, quanto faltava (8).

---

variando para o que eu reconheço, e jamais constestei. Citei o Art. 122 do Cod. do Com. em minha defeza, porque o Sr. Rebouças em sua censura excedeu-se nestas palavras—*e nada de crêr em costumes injustificáveis perante a razão*—. Respondi-lhe então—vosso injustificavel perante a razão ahi vê-se no Art. 122 do Cod. do Com.—.

(5) Ord. L. 3° T. 34, 35, e 36.

(6) Ord. L. 3° T. 34 princ. São rarissimas essas condemnações.

« Não me-parecem (Rebouças Observ. á este Art., e ao seguinte 827) concebidos, e exactamente expostos, estes Arts.; contendo o facto da condemnação, ou absolvição, em vêz do transumpto fiel do preceito e sancção da lei, etc. »

Quanto ao Art. 826 não vejo, em que a censura proceda; porque elle diz—*o credor será condemnado no tresdôbro das custas correspondentes á parte, de que o devedor fôr absolvido*—; e a Ord. L. 3° T. 34 diz isso mesmo—*será o autor condemnado em ellas em tresdobro na parte, em que o réo fôr absoluto*—.

(7) Ord. L. 3° T. 34 princ.

Deixei de fallar da condemnação em custas singelas, porque tal condemnação está subentendida segundo as leis geraes do processo.

(8) Ord. L. 3° T. 35. Tenho visto condemnações nas custas em dôbro, porém não na pena de fazêr esperar ao credor.

O credor póde demandar logo o pagamento da divida no caso (Art. 4º § 3º da novissima Lei hypothecaria) de que o immovel ou immoveis hypothecados perêção, ou sôffrão deterioração, que os-torne insufficientes para segurança da divida, se o devedor recusar o reforço da hypotheca.

« Quando o pagamento (Art. 4º § 9º da cit. Lei), á que está sujeita a hypotheca, fôr ajustado por prestações, e o devedor deixar de satisfazêr algumas dellas, todas se-reputarão vencidas. »

Observo, que esta disposição só procede á beneficio dos creditos hypothecarios, e não quando os creditos não tem hypotheca. A regra geral é, que as prestações não se-reputão todas vencidas pelo facto de não têr pago o devedôr alguma dellas, se assim não fôi expressamente convencionado.

Entende o Sr. Rebouças, na Observação á esta Nota, que não póde sêr cumulativa a condemnação nas custas em dôbro, e de esperar o credor outro tanto do tempo que faltava. Eu não entendo assim, tendo em vista as palavras finaes da Ord. L. 3º T. 35, postoque não negue ao réo, embora o Juiz fosse omisso, o direito de vir com excepção fundada nesta Lei, se o autor o demandar antes de acabar o prazo prorogado. Assim acontecendo, entende-se, que tem havido uma condemnação implicita, visto como a prorogação do prazo é um effeito da primeira acção proposta antes de tempo; e consequentemente da sentença, que assim o-julgou.

3.ª ED.

Ord. n. 79 de 14 de Setembro de 1844 —Os termos assignados pela Lei de 21 de Outubro de 1843, e Regul. de 26 de Abril de 1844, para satisfazêr á quaesquer obrigações impostas, se-devem contar pela maneira estabelecida na Ord. L. 3º T. 13.

Av. n. 52 de 12 de Fevereiro de 1862 —Em face da Ord. L. 3º T. 13 não se-conta o dia da assignação dos termos, como já se-declarou na Ord. n. 79 de 14 de Setembro de 1844.

« O que se-disse (Rebouças Observ. pags. 120 e 121), observando a Not. da 1.ª Ed., não é absolutamente o que se-lhe-attribue, sendo este o seu theôr, etc. »

Se não bem percebi a observação do Sr. Rebouças, temos apenas, senão um tolhimento ao Juiz de condemnação expressa, uma censura *ad jus constituendum*. A parte final da Ord. L. 3º T. 35 não liga o dôbro do prazo á hypothese de demandar o credôr antes de findar o segundo prazo. Ella declara o que já subentendido estava. Esse dôbro de prazo não encurta o tempo do primeiro prazo. Acabado este, começa o curso do segundo prazo.

Art. 829. O credôr, que demandar por divida á elle paga, ou sem desconto do que recebeu, será condemnado á restituir em dôbro o que já tivér recebido, e com as custas em dôbro (9).

Art. 830. Se porem desistir do pedido antes da contestação da lide, será somente condemnado nas custas em dôbro (10).

Art. 831. Não se-livra o credôr destas penas, ainda que proteste levar em conta o que o devedôr mostrar, que tem pago (11).

Art. 832. Quando o pagamento se-fizér por partes, no caso dos Arts. 586 § 7º, 587, e 588, por excedêr o valôr dos bens penhorados ao dôbro da divida; é imputavel ao credôr adjudicatario dos rendimentos o que elle deixar de recebêr por sua culpa, omissão, ou negligencia (12).

(9) Ord. L. 3º T. 36. Usa-se muito vir com reconvenção, pedindo a condemnação nestas penas, porém quasi nunca os Juizes attendem á taes pedidos.

« Não é o credôr (Rebouças Observ. á este Art.), que demandar por divida já paga, ou sem desconto do que recebeu; porém sim o credor, que recebeu a divida, ou parte della, e demandar outra vêz o que tem já recebido; pois que bem se-póde têr uma pessoa por credôr, ou por tal sêr considerado, e estar a demandada divida já paga em parte, ou no todo, sem que o demandadôr tenha disso conhecimento pessoal em razão de não sêr quem recebeu o pagamento; por exemplo, um successor por titulo universal, ou singular, etc. »

Esta censura é justa, e vai satisfeita no texto actual.

(10) Cit. Ord. L. 3º T. 36 princ.

(11) Ord. L. 3º T. 36 § 1º. Entretanto esses protestos são muito usados em nossa praxe.

(12) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 24 e 25, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 565.

Art. 833. Se o devedor não tivér bens sufficientes para o pagamento de suas dividas (13), tem logar entre os credôres chirographarios preferencia, ou rateio (14).

Art. 834. A preferencia entre credôres chirographarios regula-se pela prioridade das datas das dividas (15).

---

(13) Ord. L. 3º T. 91 princ.—*e o devedor não tivér outros bens*—.

O credôr exequente não póde excluir os outros concurrentes á pretêxto de não têrem provado a insolvencia do devedôr commum. Isto presume-se pelo facto do proprio concurso, á não provar o credôr exequente que o devedôr commum tem outros bens, e sufficientes para pagamento de todos os credôres.

(14) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 42, 43, e 44.

3.ª ED.

São os casos de—*collisão de direitos*—, ou—*conflicto de direitos*—, quando não ha hypotheca. Havendo hypotheca, regem os Arts. 1271, 1273, 1274, e 1275, *infra*.

(15) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 § 42. Esses credôres chirographarios, em relação aos outros sem direito de preferencia, tem um *privilegium exigendi*. Já se-vê, que pela nossa lei o direito de preferencia póde existir, sem que haja hypotheca. Vid. Not. ao Art. 1278.

Deve-se agora têr em vista o que á respeito dos *privilegios* dispõe a novissima Lei hypothecaria.

« Os privilegios (suas palavras no Art. 5º), não comprehendidos nesta Lei, referem-se aos moveis, aos immoveis não hypothecados, e ao preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias. Exceptuão-se (Art. 5º § 1º da cit. Lei) os creditos provenientes das despezas e custas judiciaes feitas para execução do immovel hypothecado, as quaes serão deduzidas precipuamente do producto do mesmo immovel. Continuão em vigôr (Art. 5º § 2º da cit. Lei) as preferencias estabelecidas pela legislação actual, tanto á respeito dos bens moveis, semoventes, e immoveis não hypothecados; como á respeito do preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. »

Art. 835. Entrão neste concurso de preferencia :

§ 1.º Os credôres por escripturas publicas (16), ainda que habilitados com sentença de preceito (17);

§ 2.º Os credôres por escriptos particulares de pessôas, que lhes-dão a mesma força de escriptura publica, designadas no Art. 369 §§ 5º e 6º (18) :

3.ª ED.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 54 :—Em concurso de credôres, *o escravo* pertencerá á classe dos *credôres de dominio* por seu *peculio* e juros, considerado este sob administração—.

Deve-se entendêr em bôa hermeneutica, que aqui não ha *credito de dominio*, mas que outorga-se aos *escravos* um *privilegio de preferencia* para cobrarem seu *peculio*. Consistindo este em dinheiro, não é reivindicavel, não ha portanto *credito de dominio*.

A preferencia não se regula pela *prioridade das penhoras*. Assim determinou a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 13, revogando a Ord. L. 3º T. 91; e tambem a de 20 de Junho de 1774 § 42 com a regra em contrario da *prioridade das datas das dividas*. A Lei de 1761 *loc. cit.* diz :—se não possão mais graduar as preferencias pela *prioridade das penhoras, nem ainda á respeito dos credores particulares*, etc. Vid. Not. ao Art. 1269 § 2º *infra*.

(16) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774.

(17) Alv. de 15 de Maio de 1776 § 3º.

(18) Lei de 20 de Junho de 1774 § 42. Não me-referi no Art. ao § 4º do Art. 369 sobre os escriptos particulares dos commerciantes, que tambem contempla a Lei citada ; porque, sendo commerciante o devedor insolvavel, é caso de fallencia, que regula-se pelo Cod. do Com. ; onde se-manda (Art. 890), que não haja preferencia entre credores chirographarios. Advirta-se mais, que no Juizo Commercial os credores desta ordem são sempre igualados, e pagos em rateio, ainda que o devedor não seja commerciante---Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 609 § 2º, e Art. 632.

§ 3.° Os credôres por sentenças havidas em Juizo contencioso, com plena discussão sobre a verdade das dividas (19).

---

(19) Lei de 20 de Junho de 1774 § 44. A sentença obtida com o requisito desta Lei não muda a natureza da divida, não melhora a condição do credôr; não dá em summa essa hypotheca judicial, de que falla Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 660 e § 661 Not. Foi engano, e nem o confuso Decr. Port. de 1836 sobre o registro das hypothecas autorisava tal supposição. A nossa hypotheca judicial da Ord. L. 3° T. 84 § 14 só tem o effeito, que lhe-assigna o Dig. Port. de Corr. Tell. Tom. 3° n. 1298. Vid. *infra* Art. 1272 § 6°, Art. 1278 e sua Not.

« Bem disse (Rebouças Observ. á esta Nota) Coelho da Rocha no § 660, e na Not. do § 671; e pelo contrario não disse o que deveria dizêr a Not. ao § 3° do Art. 835 da Consolid. das Leis Civ., affirmando que a nossa hypotheca judicial da Ord. L. 3° T. 84 § 14 só tem o effeito, que lhe-assigna o Dig. Port. de Corr. Tell. Tom. 3° n. 1298; e na mesma deficiencia laborão os Arts. 1272, § 6°, 1278, e Not., Consolid. »

Para sustentar sua opinião o illustre Censôr produz dois argumentos, e invoca tambem a autoridade de Lobão; vindo á ser o primeiro argumento, que a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 14 dá preferencia sobre a Fazenda Nacional ás sentenças anteriores alcançadas contra os rendeiros della, posses dos magistrados, e provimentos dos thesoureiros e officiaes; vindo á ser o segundo argumento, a incoherencia de poder o credor por effeito da hypotheca judicial da Ord. L. 3° T. 84 § 14 executar bens do devedor existentes em poder de terceiro; ao passo que (formaes palavras da censura) nega-se a efficacia do mesmo direito em si, em suas consequencias, conservando-se os bens em poder do proprio devedor condemnado, sendo-lhe ahi penhorados e excutidos.

Nada colhe o primeiro argumento, porque a hypotheca legal da Fazenda Publica sobre os bens de seus Empregados responsaveis, e dos arrematantes de rendas, não tem paridade com a hypotheca convencional. A Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° §§ 14 e 15 não deu preferencia aos credores por sentenças nos casos, que ella designa, porque esses credores a-devessem têr como credores hypotecarios; mas porque regulou especialmente essa hypotheca legal, e não quiz justamente, que o seu effeito de preferencia alcançasse sentenças

anteriores; do mesmo modo que não lhe-deu o effeito da sequela em relação á bens anteriormente alienados, ou dispostos em testamento. A citada Lei de 1761 só procede em seu caso especial, não póde sêr ampliada á outros casos. Vid. Arts. 1276, e 1277, Consolid.

Não vinga o segundo argumento, porque, se o direito de sequela implicasse necessariamente o direito de preferencia, a legislação não teria designado distinctamente estes dois effeitos da hypotheca, conforme vê-se no Art. 1269 *infra*. Onde está a incoherencia, se no caso da alienação em fraude da execução temos um effeito semelhante ao effeito da sequela, isto é, o de tornarem os bens para o dominio do devedor alienante, entretanto que o credor não tem direito de preferencia?

Que a hypotheca judicial da Ord. L. 3° T. 84 § 14 só tem o effeito da sequela, e não o da preferencia, está hoje reconhecido no Art. 3° § 12 da novissima Lei hypothecaria, que apenas denominou-a—direito que ao exequente compete de executar a sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado—.

3.ª ED.

As novas observações do Sr. Rebouças sobre a chamada *hypotheca judicial* perdêrão seu interesse vivo. Em vista da Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 12 reconhece á final elle, que tal hypotheca não confere o *direito de preferencia*, e somente o *direito de sequela*, merecendo assim o nome de *meia hypotheca*. Sobre isto, ainda que não fôra expresso o Art. 111 do Regul. Hypothecario n. 3453 de 26 de Abril de 1865, dizendo—*sem importar preferencia*—; bastaria oppôr-lhe estas palavras da cit. Lei Arts. 1°, e 2° § 8°, reproduzidas no cit. Regul. Art. 110: « Não ha outras hypothecas senão as que esta Lei estabelece. A hypotheca é *legal* ou *convencional*.» Logo, além destas, não ha outra hypotheca. Logo, não ha hypotheca judicial.

No aspecto da transacta legislação continuão dissidentes nossas opiniões, mas que val a ultima consideração de meu illustrado Adversario pag. 123, se nada mais separavel que o *direito de preferencia* e o *direito de sequela*? Por este ultimo direito o credôr irá penhorar o immovel na posse de terceiro, porém, ahi surgindo outro credôr de *hypotheca inteira*, cede o

Art. 836. Quando os credôres do § 2º do Art. antecedente se-mostrarem habilitados com sentenças de preceito, é necessario, que os escriptos particulares tenhão os requisitos ordenados no Art. 1280 para os escriptos particulares de hypotheca (20).

Art. 837. As sentenças, de que trata o § 3º do mesmo Art., são as proferidas em Causas Ordinarias, controvertidas entre as partes; e não basta para darem preferencia, que as dividas sejão pedidas por libello, e que sobre os artigos delle haja producção de testemunhas, quando fôrem confessadas pelos devedôres (21).

Art. 838. São excluidas do concurso de preferencia:

§ 1.º As dividas contrahidas por escriptos simplesmente particulares (22):

§ 2.º As sentenças de preceito, havidas por confissão dos devedôres, ainda que os credôres provem por outro modo a verdade das dividas (23).

---

credôr da *meia hypotheca*, cede pela sua debil qualidade; cede por não têr o *jus prælationis*, arma da victoria em concursos creditorios.

(20) Alv. de 15 de Maio de 1776 § 3º. Escriptos particulares com as condições do § 33 da Lei de 20 de Junho de 1774 só se-fazem, e raras vezes, nos casos de hypotheca, e não para prova de dividas simplices.

(21) Lei de 20 de Junho de 1774 § 44.

(22) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 § 43.

(23) Cit. Lei de 20 de Junho 1774 § 43. Os termos de conciliação verificada no Juizo de Paz equiparão-se á sentenças de preceito.

« O que autorisa (Rebouças Observ. á esta Nota) á equiparar conciliações verificadas com sentenças de preceito sem distincção alguma? Uma conciliação perante o Juiz de Paz, por mais simples que seja, importa mais alguma cousa do que ir-se, ou mandar-se, ao Cartorio de um Escrivão confessar,

Art. 839. Achando-se os credôres desta ultima classe habilitados com sentenças, serão pagos por um ratêio, regulado pelas quantias dos creditos (24).

---

que se-deve a quantia pedida. Bem se-vê pois, que, tendo-se de classificar o termo de conciliação com força de sentença, em concurso com outros titulos de execução entre diversos credôres, o apreciamento dependerá da causa e natureza original da divida, com as circumstancias respectivas á sua obrigação.»

Inclino-me á aceitar esta censura, mesmo porque não se-póde tolhêr ao devedôr de confessar a divida no Juizo de Paz, conciliando-se com o seu credôr. Como póde o credôr rejeitar essa confissão, e conciliação, se o seu fim foi consegui-la? Deverá, para ficar legalmente habilitado, intentar contra o devedôr uma acção inutil?

Note-se porém, que estas considerações, assim como as da censura, alcanção tambem as sentenças de preceito. O credôr não póde igualmente impedir, que o devedôr confesse a divida.

Ora, se a lei nada distingue, nem manda attendêr ás circumstancias, quanto ás sentenças de preceito; nada tambem se-póde distinguir, quanto ás conciliações verificadas.

3.ª ED.

Li attentamente as segundas observações do Sr. Rebouças pags. 123 e 124 sobre o parallelo da Not. *supra* entre as sentenças de preceito e as confissões do Juizo conciliatorio, e nada achei para pêso no equilibrio das razões.

(24) Lei de 20 de Junho de 1774 § 43. No Juizo Civil as sentenças de preceito são excluidas do concurso de preferencia, porém não do rateio. No Juizo Commercial nem habilitão para o rateio—Art. 633 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro da 1850. Tem relação com a materia de pagamentos as *moratorias*, de que tratão a Ord. L. 3º T. 37, e 38, e L. 2º T. 52 § 10; a *cessão de bens*, e as *concordatas* da Ord. L. 4º T. 74, L. 3º T. 78 § 8º Alv. de 14 de Março de 1780, e Ass. de 15 de Fevereiro de 1791. Toda esta legislação está sem vigôr, e substituida pelo Cod. do Com. na parte das fallencias. No Juizo Civil cessárão as *moratorias* com a nova ordem de cousas. A *cessão de bens* era remedio para evitar a prisão dos devedôres, abolida pelo § 19 da Lei de 20 de Junho de 1774. A *concordata* era effeito da cessão de bens.

CAPITULO II

Da compensação

Art. 840. Compensação é o desconto, que reciprocamente se-faz no que duas pessôas devem uma á outra (1).

Art. 841. A compensação tem logar, assim na acção real, como na pessoal, comtanto que se-allegue de quantidade á quantidade (2).

Art. 842. A quantidade póde sêr dinheiro, como tudo aquillo, que consiste em numero, pêso, ou medida (3).

(1) Ord. L. 4° T. 78 princ.

(2) Ord. L. 4° T. 78 princ. A fonte desta disposição é a L. ult. Cod. *de conpensat.* Como nas *acções reaes* pede-se cousa certa, e não algum pagamento de quantidade; a compensação é impossivel nos termos do § 7° da mesma Ord. (Art. 844). Mas póde-se dar o caso do § 8° (Art. 847), que é o da *acção subsidiaria da reivindicação,* por não ser possivel a entrega da cousa, ou o da alienação da cousa depois da acção (Ord. L. 3° T. 86 § 16, Arts. 924, 925, e 927, *infra* », e então a compensação tem logar. Tambem com a restituição da cousa demandão-se rendimentos, e a indemnisação de perdas e damnos (Art. 931 *infra*). Das palavras—*comtanto que se-allegue*—têm-se inferido, que a compensação não se-induz *ipso jure.* Ora, sem que a parte opponha a compensação, o Juiz certamente não póde adivinhar, qual seja seu credito; mas, quando se-diz, que a compensação opéra seus effeitos *ipso jure,* é no sentido de obrar retroactivamente; e de tal sorte que se-reputa ter ficado extincta a divida desde o momento, em que a outra divida começou á existir. A parte pois allega, que a compensação se-fez, e o Juiz, devidamente instruido, assim o-declara. As consequencias desta doutrina são importantes, porque dêsde o momento da compensação as cauções, e as hypothecas, tambem se-extinguem, e os juros céssão de corrêr.

A compensação é *legal,* ou *voluntaria.* O que fica dito sobre o effeito retroactivo da conpensação allegada refere-se á *compensação legal.*

(3) Cit. Ord. L. 4.° T. 78 princ. São as cousas chamadas —*fungiveis*—, de que já se-fallou na Ord. L. 4° T. 50 princ., e T. 53 § 1° (Arts. 477, e 500). O têrmo é barbaro, não foi empregado em nossa Legislação, e na Romana, mas está adoptado nos Codigos modernos.

Art. 843. Quando a quantidade das duas dividas fôr a mesma, extinguem-se inteiramente; mas, se as quantidades fôrem differentes, a divida maiór não se-extingue senão até a concurrencia da menór (4).

Art. 844. De uma especie á outra, isto é, quando se-deve um corpo certo e determinado, não póde havêr compensação (5).

Art. 845. Se a especie fôr indeterminada, e só designada pelo genero á que pertence, converte-se neste caso em quantidade, porque se-póde pagar com o seu respectivo valôr (6). (Art. 480)

Art. 846. Logo que se-determine o valôr da especie indeterminada, ou por convenção das partes, ou por decisão judicial, a compensação é admissivel com outra quantidade (7).

(4) Ord. L. 4° T. 78 princ.

(5) Cit. Ord. L. 4° T. 78 § 7°—*Aliud pro alio invito creditore solvi non potest*—.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 78 § 7°.—A distincção do—*genus*—, e —*species*—é muito importante. O *genero* se-determina pela quantidade, uma vêz que seja da mesma qualidade—*in eadem qualitate et quantitate*—. O *genero* nunca perece—Ord. L. 4°, T. 50 princ., Not. ao Art. 480. A *especie* (como a Ord. bem explica no seu parenthese) é um individuo, um côrpo certo. Da mesma expressão se servio a Ord. L. 4° T. 53 § 1° para caracterisar o—*commodato*—. Vid. Art. 478.

3.ª ED.

Veja-se a Not. 2 ao Art. 478 *supra,* onde nesta 3.ª Edição corrigi o erro moderno de chamar-se *individuo* o que no Direito Romano e Patrio chama-se com exactidão *especie.*

(7) Ord. L 4° T. 78 § 7°—*in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quàm specie*—.

Art. 847. Tambem a compensação tem logar, sendo a divida de uma especie determinada, se essa especie não pudér sêr havida, e se-tivér de pagar seu valôr (8).

Art. 848. Para dar-se a compensação é necessario, que as dividas sejão liquidas, certas, e claras, por confissão da parte, ou por outra prova (9).

Art. 849. Exceptuão-se as dividas incertas, e illiquidas, cuja prova, e liquidação, se pudér fazêr em nove dias peremptorios (10).

(8) Ord. L. 4º T. 78 § 8º. Vid. Not. ao Art. 841.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 4º, Cod. do Com. Art. 439,—*ut appareat, an, et quantum, debeatur*—. O Decr. de 2 de Julho de 1801 (achado entre os papeis de Mell. Freir.) não altera o indestructivel principio do Art. Elle não manda compensar dividas illiquidas, porque seria isto impossivel, mas que uma das liquidações espere pela outra. Hoje não é possivel sustar Cauzas pendentes (Art. 179 § 12 da Const.), os Juizos são independentes entre si, cada um dos processos segue livremente sua marcha. O mesmo Decr. reconhece a impossibilidade da paralisação das Causas, e manda prestar fiança. Esta providencia porém só póde ter logar nos termos da Ord. L. 3º T. 31.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 4º. Actualmente é letra morta esta Ord., e mesmo na parte em que diz, que a divida é liquida—*por outra alguma prova d'ella dada*—. A divida contestada não é liquida, e só a sentença dirime a contestação. As compensações porisso não se-allegão por *excepções* nas acções, mas nas execuções das sentenças por embargos (Art. 577 § 5º do Regul. Com. n. 737). Não ha dilações de nove dias, só se-compensa a divida—*certa—liquida*—e—*exigivel*—, isto é, verificada por outra sentença em quantia determinada; e, só assim, póde entrar em competencia com a sentença exequenda. Vid. Silv. á esta Ord. ns. 4 e 5. Já se-vê, que o liquido exigido nas compensações não se-deve confundir com o liquido exigido nas acções decendiaes (Art. 248 do Regul. Com. n. 737). O liquido nessas acções só versa—*circa quantitatem seu valorem*—, e não—*circa rem debitam, aut personam obligatam, vel circa casum obligationis*—. De outra

Art. 850. Não tem logar a compensação:

§ 1.º Nas dividas de deposito, salvo se a compensação se-fundar em outro deposito, nos termos do Art. 432 (11):

§ 2.º Nas acções de força, roubo, ou furto, á não sêr caso da mesma natureza (12):

§ 3.º Nas dividas de alimentos (13):

fórma taes acções serião impossiveis. Vid. Lob. Acç. Sum. § 613.

« Não é exacto dizêr (Rebouças Observ. á esta Nota), que as compensações não se-allegão por excepção nas acções, quando, propostas as acções, compete amplamente allegalas conforme o § 15 da Ord. L. 3º T. 20 e T. 50 princ., e então bem se-pódem provar nos nove dias mencionados no § 4º da Ord. L. 4º T. 78, pois que para as excepções peremptorias são dêsde logo assignados déz dias, e nas acções commerciaes a dilação commum é de vinte dias, sendo comprehendidas essas excepções na contestação da acção conforme o Art. 75 do Regul. de 25 de Novembro de 1850. »

Nada mais fiz, do que referir a praxe actual, que tem pôsto em desuso a Ord. L. 4º T. 78 § 4º na parte, em que faculta provar e liquidar as dividas na dilação de nove dias. Eis porque a compensação allega-se hoje por embargos nas execuções, e não por excepção nas acções. Esta praxe até suppõe erroneamente, que toda a compensação é ordenada pelos Juizes em suas sentenças. Em verdade assim é no caso do nosso Art. 849, em que as dividas são incertas e illiquidas, e o Juiz as-julgar provadas e liquidadas; porém não é assim no caso da *compensação legal*, compensação que se-opera independentemente da vontade das partes pelo simples facto da coexistencia de duas dividas, certas, liquidas, e exigiveis. Neste outro caso o Juiz apenas julga, ou antes declara, que houve compensação, como nos casos em que declara que a divida já está paga; e então a compensação póde, e deve, sêr allegada por excepção.

(11) Ord. L. 4º T. 78 §§ 1º e 6º, Cod. do Com. Art. 440, Regul. Com. n. 737 Art. 278.

(12) Ord. L. 4º T. 78 §§ 2º e 6º—*Spoliatus ante omnia restituendus*—.

(13) Cit. Ord. L 4º T. 78 § 3º.

§ 4.° A favôr de Recebedôres, ou Contractadôres Fiscaes, quanto ás dividas procedidas de seus recebimentos, ou de seus contractos presentes ou futuros (14).

Art. 851. Aos credôres originarios do Thesouro Nacional, e á seus herdeiros, quanto á dividas da herança, admittir-se-hão encontros, ou compensações, á respeito de todos os seus debitos (15).

---

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 78 § 5°, em harmonia com o Art. 3° da Lei de 25 de Março de 1821, que se-mandou observar pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823. Se a generalidade da Ord. foi restringida quanto ás dividas fiscaes, não póde hoje ser invocada em favôr das dividas das Camaras Municipaes, que a Ord. equiparou á aquellas. Observe-se entretanto o que dizem as Instruc. de 31 de Janeiro de 1851, autorisadas pelo Art. 26 § 3° do Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850. Nas execuções fiscaes (Art. 31 das Instruc.) não se-admittem liquidações, ou compensações, e encontros feitos judicialmente; pois que, quando os executados entendêrem têr direito á nova liquidação da divida, por que se-lhes move a execução, ou á ser-lhes abonada qualquer quantia de que se-digão credôres á Fazenda Nacional, deverão requerer ao Thesouro, ou ás Thesourarias respectivas, e apresentar em Juizo as decisões que lhes-fôrem favoraveis, com a reforma das contas ajuizadas.

« Salvas as excepções dos Arts. 1° e 3° da Lei de 25 de Março de 1821 (Rebouças Observ. á esta Not.), todas as compensações dos credôres do Thesouro se-devem admittir, quando fôrem demandados ou executados pelo mesmo Thesouro. As Instruc. de 31 de Janeiro de 1851 não podem obstar a execução da lei vigente, sendo notoriamente injusto que o credôr do Thesouro soffra execução fiscal judicialmente, e só administrativamente possa sêr attendido. »

Não se-póde dizêr, que as citadas Instruc. são contrarias á lei vigente, uma vêz que forão autorisadas pelo Art. 26 § 3° do Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850. Os encontros autorisados pelo Decr. de 25 de Março de 1821 (palavras do Man. do Proc. dos Feitos Not. 233) não se-entendem perante os Juizes, e sim perante a Administração.

(15) Cit. Lei de 25 de Março de 1821 Art. 1°, que derogou o § 5° da Ord. L. 4° T. 78.

Art. 852. Mas não se-admittirão encontros de dividas por creditos contra o Thesouro, havidos por cessões; salvo se-fôrem de credôres do mesmo Thesouro por depositos, que nello tenhão entrado (16).

CAPITULO III

Da prescripção

Art. 853. O tempo da prescripção ordinaria dos direitos pessoaes é de trinta annos, contados do dia do vencimento das obrigações (1).

Art. 854. Nesta prescripção, só motivada pela negligencia do credôr, não se-exige o requisito da bôa fé (2).

---

(16) Cit. Lei de 25 de Março de 1821 Art. 1°.

(1) Ord. L. 4° T. 79 princ.

A prescripção deve sêr allegada pelo devedôr, não póde sêr supprida pelo Juiz. Ha uma obrigação natural de pagar dividas prescriptas, e o devedôr póde querêr desonerar-se dessa obrigação. Se porém confessa a divida de má fé, ou de má fé não allega a prescripção, para ser condemnado á pagar de combinação com o credôr, e vir este depois disputar preferencia na execução de outro credôr; póde esse outro credôr oppôr a fraude, póde allegar que a divida está prescripta.

(2) A Ord. cit. L. 4° T. 79 princ. estabelece o contrario, mas como sua razão foi—*porque estes taes não poderão prescrever por tempo algum, por se não dar occasião de peccar, tendo o alheio indevidamente*—, cabe applicar o disposto no § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769, o qual ordenou, que se houvesse *por não escripta a supposição de peccado* como motivo das Leis patrias. Ora, a bôa, ou má fé, não se-póde verificar na prescripção extinctiva, e para ella basta o lapso de tempo, como é hoje de doutrina corrente.

« A Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 (Rebouças Observ. á este Art.) o que manda havêr por não escripta é a supposição, que qualifica manifestamente erronea, de no fôro externo dos tribunaes civis a magistratura temporal podêr conhecêr dos peccados, que pertencem exclusivamente ao fôro interno,

e á espiritualidade da Igrêja; declarando que á esses tribunaes, e ministros seculares, não toca o conhecimento dos peccados, e tão sómente dos delictos.

« Vê-se pois, que a Ord. L. 4º T. 79, quando diz, que a prescripção não haverá logar nos devedôres, que tiverem má fé, por não se-dar occasião ao peccado tendo o alheio indevidamente, previne, que o-haja, mas não se-funda na supposição de sua existencia. Asssim como não menos se vê, que a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 o que ha por nullo é o suppor-se, que poderião julgar de peccado os tribunaes, e juizes civis, declarando altamente que isso não é de sua competencia.

« E se porventura a citada Lei annullasse na Ord. L. 4º T. 79, como supposição da existencia de peccado, o que nella é mera razão de prevenir que o-haja, e alguma jurisdicção tenha de o-julgar; a consequencia seria ficarem nullas, e tidas por taes as palavras -- por se não dar occcasião de peccar—; ficando em todo o seu vigor as outras, que dizem—porém esta lei não haverá lugar nos devedores que tiverem má fé, porque esse taes não poderáõ prescrevêr por tempo algum, tendo o alheio indevidamente:—*utile per inutile non vitiatur in separabilibus*—. »

« E assim, sempre que o devedôr allegar prescripção de trinta annos contra sua obrigação, não lhe-aproveitará o mero lapso de tempo, provando-se que foi espaçado por malicia, dolo, e engano, de sua parte para fraudar ao credôr. »

Fôra inutil a providencia do § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769, se o seu unico fim houvesse sido eliminar das leis palavras relativas á supposição de peccado; e não derogar disposições, que tivessem por motivo a supposição de peccado. A cit. Lei ordenou, que se-houvesse por não escripta a supposição de peccado como motivo das leis patrias, e portanto tem cessado qualquer disposição motivada pela supposição de peccado. Neste caso está a Ord. L. 4º T. 79 na parte, em que exige para a prescripção extinctiva o requisito de boa fé; porquanto o motivo unico de tal exigencia foi a supposição de peccado, quando não houvesse boa fé no devedôr. No Direito Romano não se-examinava a boa fé do réo que prescreve (Mackeldey Dir. Rom. § 211), a compilação Philippina mandou examinar a boa fé por influencia do Direito Canonico, e a Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 fêz cessar essa influencia. Seja como fôr, a prescripção extinctiva é hoje allegada, e attendida no Fôro, sem que alguem se-lembre de exigir boa fé.

Art. 855. Interrompe-se a prescripção pela citação feita ao devedôr, ou por outro qualquer modo admittido em Direito, e então começa á corrêr de novo o tempo della (3).

3.ª ED.

« Continúa em todo o seu vigôr (Rebouças Observ. pag. 126) a Ord. L. 4º T. 79 dizendo, que a prescripção não haveria logar nos *devedôres de má fé*, porque estes taes não poderáõ prescrever em tempo algum, etc. Mell. Freir., que nada tinha de *fanatico*, nem *supersticiôso* etc., não contempla por derogada a Ord. de modo algum. Quanto á *prescripção em materia mercantil* é que se-deve prescindir da condição de *boa fé* á vista do Art. 441 do Cod. do Com. »

O Art. 441 do Cod. do Com. guardou silencio sobre o moral requisito da *boa fé*, porque cedeu á triste realidade dos costumes reinantes. Sim ou não, não ha distinguir entre materia mercantil e não mercantil. Sêde coherentes, porque tudo é commercio em dividas não pagas pelo crú beneficio da prescripção. Se Mell. Freir. não era *fanatico*, nem *supersticiôso*, talvez o-seja o Autôr da Consolidação das Leis Civis! Que meios tendes de sondar a *má fé* nestes casos de prescripção? Mais que insufficientes, e não basta em vãs palavras o *leges cum moribus*. Vivamos com o *leges sine moribus*, nutrindo-se as bôas almas com seu amôr platonico.

(3) Ord. L. 4º T. 79 § 1º, Cod. do Com. Art. 453.

Esta Ord. refere-se ao Direito Romano, pelo qual ha os seguintes modos de interrompêr a prescripção:

1.º Propositura da acção contra o devedôr—L. 10 Cod. *de præscript long. tempor.*

2.º Protesto feito em devida fórma—L. 2ª Cod. *de annal. except. Ital.*

3.º Reconhecimento expresso, ou tacito, da divida por parte do devedôr—L. 18 § 1º Dig. *de pec. constit.*, L. 7ª § 5º Cod. *de ann. except. Ital.*, e L. 5ª Cod. *de duob. reis stipul.*

O Art. 453 do Cod. do Com. omittio este terceiro caso, o que tem occasionado decisões injustas.

3.ª ED.

No Commentario do Cod. do Com. attenderei ao Comment. do Sr. Orlando Not. 649 pag. 174, e ás observações do Sr.

Art. 856. Não corre a prescrípção contra menores de quatorze annos (4). (Art. 877 § 1.º)

Art. 857. Depois dessa idade a prescripção correrá contra menores, mas elles podem valêr-se do *beneficio de restituição* (5). (Arts. 12, 13, e 14)

Art. 858. Os dinheiros de ausentes, cujo pagamento não fôr reclamado dentro de trinta annos, contados do dia, em que houvérem entrado nos Cofres do Thesouro, e das Thesourarias, prescreverão em beneficio do Estado; salvo se, por qualquer dos meios em Direito admittidos, tivér sido interrompida a prescripção (6). (Art. 333)

Annibal pags. 91 á 94. Attenderei outrosim ao que se-diz no *Direito* (Rev. de 1874 pags. 163 e 164) sobre a interrupção da prescripção das obrigações commerciaes.

(4) Ord. L. 4º T. 79 § 2º.—Contra os que se-acharem servindo nas armadas, ou exercitos imperiaes, em tempo de guerra não correrá prescripção, emquanto a guerra durar, e um anno depois—Art. 452 do Cod. do Com.

3.ª ED.

Pode-se generalisar o disposto no Art. 452 do Cod. do Com., *ad instar* do Dig. Brazil. 3º Vol. pag. [illegible] Not. ? Não se-póde.

« Contra os impedidos (diz o Dig. Brazil. *loc cit.*), e impossibilitados de obrar, não corre prescripção—Ord. L. 3º T. 91 § 1º, comtanto que o impedimento seja invencivel. »

Ora, essa Ord. L. 3º T. 91 § 1º não legisla *ad unguem* sobre prescripção, resolve o privativo caso de concurso de credôres apparelhados com sentença, attendendo ao *legitimo impedimento* do primeiro em credito em relação ao primeiro na penhora. Esse mesmo caso cessou, porque a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 13 revogou a Ord. L. 3º T. 91 (Not. *supra* ao Art. 834).

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 79 § 2º, Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848. Contra as prescripções das acções commerciaes não se-póde allegar o beneficio da restituição, ainda que seja á favôr de menores—Art. 441 do Cod. do Com.

(6) Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 32. Vid. Not. ao Art. 333.

Art. 859. O direito de rescindir contractos pelo vicio de lesão enorme, nos termos do Art. 359, prescreve em quinze annos, contados do tempo, em que os contractos fôrão feitos (7).

Esta prescripção interrompe-se por qualquer meio legitimo, como a propositura da habilitacão dos herdeiros—Ord. de 27 de Dezembro de 1855.

Para os dinheiros desta origem (Art. 32 da cit. Lei de 17 de Setembro de 1851), já recolhidos aos cofres ha mais de trinta annos, quando se-promulgou a dita Lei, concedêrão-se três annos, á contar do 1º de Janeiro de 1852, para que os interessados reclamassem a entrega.

(7) Ord. L. 4º T. 13 § 5º. Como a acção de *lesão enormissima* é real, segundo o § 10 da Ord. dá á entender, parece, que não se-lhe-deve applicar esta prescripção de quinze annos.

« Seja, ou não, real a acção da Ord. L. 4º T. 13 (Rebouças Observ. á esta Not.) não póde sêr admittida a opinião do autôr de se-lhe-devêr applicar, em vêz de sua especial prescripção de quinze annos, a geral das acções reaes. »

Pela leitura do § 5º da cit. Ord. não sei como podêr-se negar, que na prescripção de quinze annos o legisladôr só teve em vista a acção pessoal entre as partes contractantes, e seus herdeiros. Attenda-se ás palavras desta Ord.—*contados do tempo que os contractos forem feitos, até que os enganados citem aquelles com quem os-fizerão, ou seus herdeiros, pára desfazerem os ditos contractos*—.

Certamente, o terceiro possuidôr dos bens alienados com lesão enormissima póde invocar a prescripção de quinze annos da acção pessoal do vendedôr contra o compradôr, ainda que elle não tenha possuido por mais de déz annos. Póde porém acontecêr, que elle já tenha possuido por mais de déz annos entre presentes (tempo da prescripção da acção real, segundo o Art. 1322 *infra*), entretanto que o alienante lesado o-demanda dentro dos quinze annos da Ord. L. 4º T. 13 § 5º. Eis uma luta entre o tempo desta prescripção e o da acção real, com que a lei tem protegido os possuidôres de boa fé e com justo titulo. Não se-póde applicar á terceiros, para quem a prescripção corre de sua posse em diante, uma prescripção só estabelecida para as partes contractantes, e que corre da data de seus contractos.

Art. 860. O direito concedido ao executado nos Arts. 570, e 571, pára havêr restituição dos bens nullamente arrematados, prescreve dentro de um mez á contar do dia, em que a sentença revogatoria transitar livremente na Chancellaria (8).

Art. 861. Passado o prazo do Art. antecedente, só fica ao executado o direito de havêr o prêço da arrematação pelo deposito; ou do exequente, se este o recebeu, ou de seu fiadôr (9).

Art. 862. A acção de engeitar por vicios rhedibitorios a cousa comprada, em conformidade dos Arts. 556, 557, 558, e 559, prescreve no fim de um mêz, que correrá do dia da entrega, estando as partes no mesmo logar (10).

Art. 863. Não estando as partes no mêsmo logar, o compradôr fará o seu protesto judicial, e pode propôr a acção dentro de dois mezes, tambem contados do dia da entrega (11).

Art. 864. Estando o vendedôr fóra do Império, o compradôr protestará do mesmo modo, e poderá cítal-o dentro de um mêz depois que voltar. (12).

Art. 865. A acção de soldadas dos criados prescreve por três annos, á contar do dia, em que sahirão da casa dos amos (13). (Art. 691)

---

(8) Ord. L. 3° T. 86 § 4°.

3.ª ED.

Abolido o transito da Chancellaria pelo Decr. n. 1730 de 5 de Outubro de 1869, corre o mêz desta prescripção á contar do dia, em que a sentença revogatoria passar em julgado.

(9) Cit. Ord. L. 3° T. 86 § 4°.
(10) Ord. L. 4° T. 17 § 7°, á que refere-se o § 8°.
(11) Cit. Ord. L. 4° T. 17 § 7°.
(12) Cit. Ord. L. 4° T. 17 § 7°.
(13) Ord. L. 4° T. 32 princ.

Art. 866. Se os criados fôrem menores, os três annos começaráõ á corrêr da maioridade em diante (14). (Art. 691)

Art. 867. Se servirem por mêz, não podem pedir a soldada passados três mezes depois de deixarem a casa dos amos (15). (Art. 691)

Art. 868. Os salarios dos Advogádos, Procuradôres, e Escrivães, prescrevem por três mezes dêsde a sentença final (16). (Arts. 468, e 469)

Art. 869. A obrigação de indemnisar o damno causado prescreve passados trinta annos á contar do dia, em que o delicto foi commettido (17). (Art. 799)

3.ª ED.

São arbitrarios os additamentos do Dig. Brazil. 3° Vol. pag. 45 sobre este assumpto.

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 32 princ.
(15) Cit. Ord. L. 4° T. 32 § 1°.
(16) Ord. L. 1° T. 79 § 18, T. 84 § 30, T. 92 § 18.

Correndo esta prescripção do dia, em que se-proferio a sentença definitiva, segue-se, que o legisladôr só refere-se á serviços em processos de acções propriamente ditas, ou em que hajão sentenças definitivas. Não se-refere á outros serviços de Advogados, Procuradôres, e Escrivães; nem ao tempo, em que taes serviços acabão.

3.ª ED.

O disposto nos Arts. 202 e 205 do Novo Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 (Nots. aos Arts. 468 e 469 *supra* Consolid.) não alterou esta prescripção de três mezes para cobrança executiva dos honorarios dos Advogados; posto que, reduzidos esses honorarios á contractos escriptos, como faculta o Art. 202 do cit. Regim., pedião, senão o têmpo da prescripção ordinaria (Art. 853 *supra*), algum mais largo que o trimestral.

Quanto aos Procuradôres (Solicitadôres), e Escrivães, resulta dos Arts. 201 e 205 do cit. Regim., que raros serão os casos de cobrança executiva, e da prescripção trimestral.

(17) Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 36, que revogou o Art. 57 do Cod. do Proc. Crim.

Art. 870. As dividas passivas da Nação prescrevem em cinco annos, e esta prescripção opéra a completa desoneração da Fazenda Nacional (18).

Art. 871. Comprehende esta prescripção:

§ 1.° O direito, que alguem pretenda têr á sêr declarado credôr do Estado, sob qualquer titulo que seja (19):

§ 2.° O direito, que alguem tenha de havêr pagamento de uma divida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della (20).

---

(18) Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 1°.
A divida passiva contrahida até o fim de 1826, que devia sêr inscripta na fórma da Lei de 15 de Novembro de 1827, ficou prescripta no fim de 1842—Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, Instrucç. de 10 de Abril de 1851 Art. 8° § 1°.
A divida passiva posteriôr á 1826 ficou sujeita á prescripção de cinco annos desde o 1° de Janeiro de 1843—L. cit. Art. 20, e Instrucç. citadas Art. 8° § 2°.
A divida passiva anteriôr ao anno de 1827, já inscripta no Grande Livro da Divida Publica, e ainda não convertida em Apolices; e bem assim a divida proveniente da mesma origem, inscripta nos Livros Auxiliares das Provincias, que ainda o não foi no Grande Livro por dependêr de liquidação do Thesouro, não está prescripta; e será paga pela fórma determinada na Lei de 15 de Novembro de 1827 toda, a que fôr reconhecida legal pelo mesmo Thesouro—L. n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 24.

3.ª ED.

Novo caso de prescripção quinquennal no Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 14 § Un., e no de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 34 § 1°, para reclamações do imposto de transmissão de propriedade. Vid. Not. ao Art. 603 Consolid.

(19) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 2° § 1°.

(20) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 2° § 2°.

Art. 872. Todos e quaesquer credôres da Fazenda devem requerêr dentro dos ditos cinco annos o reconhecimento, e a liquidação de suas dividas; e a expedição dos necessarios despachos, ordens, titulos, e competentes assentamentos, quando fôrem precisos (21).

Art. 873. Determinados os pagamentos, lançados em folha, e feitos os assentamentos, as dividas prescrevem do mesmo modo, se a solução effectiva não fôr requerida no prazo designado (22).

Art. 874. Quando o pagamento, que se-houvér de fazêr aos credores, fôr dividido por prazos de mezes, trimestres, semestres, ou annos, a prescripção ir-se-ha verificando á respeito dos pagamentos parciaes, que se-fôrem comprehendendo no lapso dos cinco annos (23).

Art. 875. Por se-têr perdido o direito á um pagamento parcial, não se-perde o direito aos outros pagamentos, para os quaes ainda não tivér corrido o tempo da prescripção (24).

Art. 876. Os cinco annos começão á corrêr dêsde a data da publicação dos despachos, ou das ordens definitivas, para o pagamento (25).

Art. 877. Não corre esta prescripção:

---

(21) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 3°.

(22) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 4°.

(23) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 5°.

(24) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 5°.

(25) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 6°.
Para as dividas, reconhecidas, ou não, até o ultimo de Dezembro de 1842, os cinco annos da prescripção começárão á corrêr do 1° de Janeiro de 1843. Veja-se a Lei de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, Ord. n. 77 de 11 de Julho de 1850, e Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 80.

§ 1.° Contra aquelles, que não podérem requerêr, nem por si, nem por outrem ; como os menores, loucos, e quaesquer outros, que estão sujeitos á tutoria, ou á curadoria (26). (Art. 856)

§ 2.° Quando a demora fôr occasionada por facto do Thesouro, das Thesourarias, e das Repartições, á que pertença fazêr a liquidação, e o reconhecimento das dividas, e effectuar o pagamento (27).

Art. 878. Aquelles, que quizérem segurar seu direito, obstando que lhes-prejudique o tempo consumido por demoras, e embaraços, das Repartições, podem requerêr certifica-

---

(26) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 7° § 1°.

3.ª ED.

Este Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 em seu Art. 1° estabelece a prescripção de 5 annos, posta em vigôr pelo Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841 (note-se bem), com referencia ao Cap. 209 do Regimento da Fazenda.

Comparado o Art. 7° § 1° do cit. Decr., ácima consolidado, com o Cap. 209 do Regimento da Fazenda, acha-se esta differença : Pelo cit. Decr. a prescripção não corre, segundo sua exemplificação, contra os *civilmente incapazes*, quaes os menores, loucos, etc. Pelo Regim. attende-se á quaesquer impedimentos, e não unicamente aos da incapacidade civil. Eis as palavras do Regim. : « salvo quando a parte mostrar tal causa, por onde se-mostre no dito tempo não podêr por si, nem por outrem, requerêr, nem havêr a certidão ácima conteúda. »

Como o Art. 7° § 1° do Decr. começa por estas palavras :— « Contra aquelles, que não podérem requerêr, nem por si, nem por outrem— » a questão vem á sêr, se as subsequentes palavras são *taxativas*, ou meramente *exemplificativas*.

(27) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 7° § 2°, e Av. n. 210 de 5 de Junho de 1856.

dos da apresentação do requerimento, e dos documentos, com especificada declaração do dia, mêz, e anno (28).

Art. 879. A prescripção dos cinco annos é extensiva ás letras do Thesouro, começando á corrêr da data do vencimento (29).

Art. 880. As dividas militares, provenientes de vendas de generos, e de quaesquer fornecimentos á tropa, prescrevem, se não fôrem requeridas dentro de um anno, da data do contracto (30).

Art. 881. As dividas activas da Nação prescrevem em quarenta annos, e esta prescripção opéra a completa desoneração dos devedôres da Fazenda Nacional (31).

Art. 882. Os quarenta annos começão á corrêr do ultimo dia do prazo do pagamento, ou estabelecido por Lei ou Regu-

---

(28) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 12.

Interrompe-se esta prescripção por via de citação, ou pleito judicial, quando a Autoridade Judicial é competente para conhecêr da questão ; e só por via administrativa, quando é exclusivamente competente a Autoridade Administrativa— Av. n. 198 de 29 de Maio de 1856, n. 210 de 5 de Junho do mesmo anno, e n. 119 de 31 de Março de 1857. Mas não a-interrompe o requerimento, em que se-pede certidão da liquidação—Av. n. 237 de 3 de Julho de 1856. Vid. Man. do Procur. dos Feitos Not. 510.

(29) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 8°, Art. 443 do Cod. do Com.

(30) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 51. Isto não se-entende com os conhecimentos passados pelos Arsenaes, e outros Estabelecimentos publicos semelhantes— Ord. n. 17 de 25 de Janeiro de 1853.

(31) Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 9°, e antes delle, Regim. da Faz. Cap. 210, Regim. dos Contos Cap. 92, Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, e Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 80.

lamento, ou estipulado em contracto, uma vêz que não haja interrupção (32).

Art. 883. Interrompem-se os quarenta annos desta prescripção:

§ 1.° Pela citação, penhora, ou sequestro feito nos devedôres, para se havêr o pagamento:

§ 2.° Por qualquer outro procedimento judicial, ou administrativo, havido contra elles para o mesmo fim:

§ 3.° Pela concessão de espaço aos devedôres, admittindo-os á pagar por prestações (33).

---

(32) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 10. Para as dividas contrahidas até o ultimo de Dezembro de 1842 correm do 1° de Janeiro de 1843.

(33) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 11.

LIVRO II

DOS DIREITOS REAES

TITULO I

DO DOMINIO

Art. 884. Consiste o dominio na livre faculdade de usar, e dispôr, das cousas, e de as-demandar por acções reaes (1).

---

(1) Ord. L. 3° T. 31 princ.—*dizendo que lhe-pertence por Direito, intentando sobre ella acção real;*—Ord. L. 4° T. 10 princ. —*se sobre ella é movida acção real, assim como se um homem demandasse á outro alguma cousa, dizendo ser sua*;—L. 4° T. 11 princ.—*cada um poderá vender a sua cousa á quem quizer*; —L. 4° T. 36 § 1°—*e faça delle o que tivér por bem;*—T. 43 § 11—*e deixem seus donos lograr-se delles, pois são seus;*—Alv. de 20 de Junho de 1774 preamb. - *pervertendo o uso do dominio, que compete á cada um para dispôr dos seus bens.*

« O dominio superveniente (Art. 2° § 6° da novissima Lei Hypothecaria) revalida dêsde a inscripção as hypothecas contrahidas em boa fé pelas pessoas, que com justo titulo possuião os immoveis hypothecados. »

« O immovel commum á diversos proprietarios (Art. 4° § 8° da cit. Lei) não póde sêr hypothecado na sua totalidade sem consentimento de todos, mas cada um póde hypothecar individualmente a parte, que nelle tivér, se fôr divisivel ; e só, á respeito dessa parte, vigorará a indivisibilidade da hypotheca. »

« Somente se-considerão (Art. 6° da novissima Lei Hypothecaria) *onus reaes* : a servidão, o uso, a habitação, a antichrese, o usufructo, o fôro, e o legado de prestações ou alimentos expressamente consignado no immovel. Os outros onus (Art. 6° § 1° da cit. Lei), que os proprietarios impuzérem aos seus predios se-haverão como *pessoaes*, e não podem prejudicar aos credôres hypothecarios. Os referidos onus reaes

(Art. 6° § 2° da cit. Lei) não podem sêr oppostos aos credores hypothecarios, se os titulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas. Os onus reaes (Art. 6° § 3°) passão com o immovel para o dominio do compradôr, ou successor. Ficão salvos (Art. 6° § 4°) independentemente de transcripção e inscripção, e considerados como onus reaes, a decima, e outros impostos relativos aos immoveis. A disposição do § 2° (Art. 6° § 5° da cit. Lei) só comprehende os onus reaes instituidos por actos entre vivos, assim como as servidões adquiridas por prescripção, sendo a transcripção neste caso por meio de justificação julgada por sentença, ou qualquer outro acto judicial declaratorio. »

3.ª ED.

Sobre as innovações da Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 em tudo, quanto indica a Not. *supra*, veja-se nos logares correspondentes o Regul. Hypothecario n. 3453 de 26 de Abril de 1865, ainda não publicado ao tempo da 2.ª Edição

O nosso Art. 884 não define o *dominio*, e com razão, á exemplo de muitas legislações. Declara elle somente, que o *dominio consiste em livre faculdade*. Esta *livre faculdade* manifesta-se na litteratura juridica por varias denominações, conjunctivas e disjunctivas :

Dominio eminente—imminente, que o Dicc. Jur. de Per. e Souz. define com o Cod. da Humanidade, accrescentando—*mediante indemnisação*—; que melhór define Vattel Dir. das Gent. L. 1° Cap. 20 § 244, e melhor ainda Phroudon Dom. Publ. Cap. 7° --- *dominio da soberania* --- ; dominio modernamente repartido pelos três podêres politicos,---*legislativo*,---*executivo*,---*judicial*. E' *dominio eminente*, quando está de cima ; e *dominio soberano*, quando está de baixo. Vid. Nots. 606 *supra*, e 915 *infra*.

Dominio nacional:—Art. 52 Not. 12 *supra*.
Dominio do Estado:—Art. 52 § 2° *supra*.
Dominio casual ou *fixo*:—Art. 52 § 2° Not. 22 *supra*.
Dominio da Corôa:—Art. 52 § 3° Not. 27 *supra*.
Dominio particular ou *privado*:--- Art. 62 *supra*.
Dominio publico:—expressão do Art. 10 da Lei das terras devolutas n. 601 de 18 de Setembro de 1850, e que eu substitui por *dominio do Estado* na Not. 28 ao Art. 53 *supra*.

Art. 885. Adquire-se o dominio dos animaes silvestres pela sua captura, ou occupação (2).

Dominio directo ou *util*:—Not. 10 ao Art. 62, e Arts. 625, e 915, Consolid.

Quando a propriedade é *livre*, o dominio della tem o nome de *dominio pleno* ; vindo á ser *dominio semipleno*, ou dominio menos pleno, o *dominio directo* e o *dominio util* separadamente considerados. Alguns Escriptôres porém (o que é indifferente) chamão *dominio pleno* a propriedade inteira ou perfeita sem limitação de algum direito real.

Pelo roubo (Prov. de 26 de Março de 1720) não se-perde o *dominio*.—Vid. Not. 25 ao Art. 818 *supra*.

O dominio é o *direito de propriedade* com *applicação extensiva*, isto é, aos *objectos tangiveis*, que o Direito Romano qualifica—*res quæ tangi possunt*—.

Ao *dominio* com *applicação extensiva* ao alto e baixo do solo chama o Direito Francez---*droit de dessus* ---*droit de dessous*, e que bem chamaremos—*direito de sôbre*---*direito de sob*. *Direito de sobre*, como no *direito de superficie* da Not. 21 ao Art. 52 § 2° *supra*. *Direito de sob*, como nos casos da Not. 20 ao mesmo Art. 52 § 2° *supra*; e mais nos de direitos sobre cisternas, poços, algibes, etc.

O *direito de propriedade* com *applicação comprehensiva*, isto é, aos *objectos intangiveis—res quæ tangi non possunt—quæ in jure consistunt* (embora *visiveis*) é o *vero direito de propriedade* ; e ahi entrão os direitos :

Da *propriedade artistica* :—Const. Art. 179 § 26, e Lei de 28 de Agosto de 1830—, cujo segredo deve sêr respeitado na expedicão das *patentes d'invenção* ou *breves d'invenção* :

Da *propriedade industrial* :—Decr. n. 2682 de 23 de Outubro de 1875, citado *supra* na Introd. Not. 231 :

E da *propriedade litteraria* :—Cod. Crim. Art. 261.

« Não compete ao Contencioso Administrativo (Consulta do Conselho d'Estado de 4 de Julho de 1854) o conhecimento de questões de *propriedade, posse, servidão, prescripção* ; e de outros, que assentão em *direitos reaes*. » Vid. o Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1867 na Not. ao Art. 40 *supra*.

(2) Ord. L. 5° T. 62 § 6°.

A *occupação* é um dos meios originarios de adquirir dominio, do mesmo modo que a *accessão*, titulo pelo qual os filhos

Art. 886. A caça, e a pesca, são geralmente permittidas, guardados os regulamentos policiaes (3).

Art. 887. Não é porém licito, sem licença do respectivo proprietario, caçar em terrenos alheios murados, ou vallados (4).

Art. 888. Em terrenos abertos a caça não é prohibida, salvo o prejuizo das plantações, e ficando o caçador responsavel pelos damnos que causar (5).

---

de escravas pertencem aos senhôres dellas, ainda que o pai seja livre -*partus sequitur ventrem*—.

Os filhos de escravas (Cod. da Luiziana Arts. 491 e 492) entrão na ordem dos fructos naturaes, como as crias dos animaes.

É um caso, sobre cousas moveis, de *dominio originario* para os particulares, como foi sobre immoveis para o Estado o *dominio originario* do territorio do Imperio. Vid. Not. ao Art. 53 *supra*.

O chamado—*Senhorio de Guiné*—na Costa d'Africa introduzio a captura e o commercio dos negros buçáes. A' essa captura deu-se o nome de *apanhia*—, que designava o furtivo acto de apanhar os naturaes da terra—Annaes do Parlamento Brasil. pag. 207.

(3) Ord. L. 5° T. 88. Esses regulamentos policiaes achão-se nas posturas de cada uma das Camaras Municipaes, e varião segundo as localidades, e circumstancias.

3.ª ED.

Decr. n. 2756 de 27 de Fevereiro de 1861.—Estabelece regras sobre a construcção e conservação de *curraes de peixe*, nas costas, portos, e outras aguas navegaveis do Imperio.

Os *peixes* são pertenças dos curraes delles, tanques, viveiros; como os pombos são pertenças dos pombaes, e os coelhos das coelheiras. Fugindo, pertencem ao dono do logar, para onde fogem, comtanto que não usasse de artificio para os attrahir.

(4) Lei do 1° de Julho de 1776 §§ 1° e 2°.

(5) Cit. Lei do 1° de Julho de 1776 § 3°.

Art. 889. O animal, ou a ave, que se-achar em laço, ou armadilha, não pertence ao inventôr, sim ao dono do laço (6).

Art. 890. Commette o crime de furto quem achar cousa alheia perdida, e não manifesta-la ao Juiz de Paz do Districto, ou ao Official do Quarteirão, dentro de quinze dias depois da achada (7).

Art. 891 Havendo quem reclame a propriedade das cousas achadas, não ser-lhe-hão entregues, sem que justifique seu direito em Juizo competente; ouvida a parte, que as-tinha em seu podêr (8).

Art. 892. Deve-se, além disto, por espaço de trinta dias publicar em editaes a relação das cousas achadas com todos os possiveis esclarecimentos, ficando entretanto depositadas; salvo, se o reclamante prestar fiança idonea (9).

---

(6) Ord. L. 5° T. 62 § 6°.
(7) Cod. Crim. Art. 260.

3.ª ED.

Entrão nesta disposição o *thesouro*, dinheiro, e quaesquer objectos, que alguem ache enterrados ou occultos? Entrão, e não apparecendo seu dôno, regem as disposições do § 39 Instit. *de rer. divis.*, e L. Un. Cod. de *thesaur.*, segundo as quaes pertencem ao *inventôr* (achadôr); todo, se foi achado em terreno proprio; metade, se foi achado em terreno alheio ou publico. Nesta ultima hypothese, a outra metade pertence ao dono do terreno, ou ao Estado. Taes objectos enterrados ou occultos não são—*bens vagos, d que não é achado senhôr certo*—, nos termos d.. Ord. L. 2° T. 26 § 17, e do Art. 52 § 2° Not. *supra*.

(8) Cod. do Proc. Crim Art. 194.

3.ª ED.

Ord. L. 5° T. 62 § 4°—O achadôr não tem direito de exigir *alviçaras* (*achadego*), salvo se forão promettidas por quem annunciou a pêrda.

(9) Cit. Cod. do Proc. Crim. Art. 194.

Art. 893. Se ninguem as-reclamar nos trinta dias, o Juiz de Paz as-remetterá ao Juiz dos Orphãos para procedêr na fórma da Lei, se excedêrem o valor de sua alçada (10).

Art. 894. As aguas dos rios, e ribeiros (11), podem sêr occupadas por particulares; e derivadas por canaes, ou levadas, em beneficio da agricultura, e industria (12).

---

(10) Cod. do Proc. Crim. Art. 195 Vid. Not. 22 do Art. 52 § 2º *supra*.

(11) Deve-se entendêr—*rios, e ribeiros, publicos.*

(12) Alv. de 27 de Novembro de 1804 § 11, applicado ao Brazil pelo de 4 de Março de 1819. Esta Legislação dava direito ao proprietario de fazêr canaes, ou levadas, para regar suas terras, ou para esgotar as inundadas; requerendo ao Juiz, mediante o parecêr de louvados, a designação de logar mais commodo, ainda mesmo em terrenos alheios; e sendo indemnisados os dônos desses terrenos dos prejuizos, que soffressem. Era um caso de desapropriação, que tive escrupulo em adoptar, porque o § 22 Art. 179 da Const. é amplissimo; e as Leis Regulamentares de 9 de Setembro de 1826, e 12 de Julho de 1845, são omissas sobre este ponto.

3.ª ED.

Decr. n. 39 de 15 de Janeiro de 1840—Regula a concessão de *aguas publicas*, no Municipio da Côrte, para particulares.

Decr. n. 295 de 17 de Maio de 1843—Altera o Decr. n. 39 de 15 de Janeiro de 1840, ordenando que a *concessão d'aguas dos aqueductos publicos*, para uso das casas e chacaras dos particulares, só tenha logar d'ora em diante por arrendamento annual.

Decr. n. 2898 de 12 de Março de 1862—Altera os Decretos n. 39 de 15 de Janeiro de 1840, e n. 295 de 17 de Maio de 1843, e estabelece a maneira de se-concederem *aguas dos aqueductos publicos* do Municipio da Côrte para serventia das casas e chacaras de particulares.

Decr. n. 3191 de 28 de Novembro de 1833—Amplia e explica o de n. 2898 de 12 de Março de 1862, na parte relativa ás concessões de ramificações de *pennas d'agua*, conforme o Art. 3º do referido Decreto.

Art. 895. Não deve esta occupação prejudicar aos que já anteriormente fazião uso das aguas, ou seja para réga de terras, ou para laboração de machinas (13).

Art. 896. Sendo as aguas superabundantes, e quando possa havêr commoda divisão, esta se-fará de modo, que não inutilise a cultura mais antiga, e os estabelecimentos já construidos (14).

Decr. n. 3282 de 9 de Junho de 1864—Altera o Art. 14 do Regul. approvado pelo de n. 2898 de 12 de Março de 1862.

Decr. n. 3645 de 4 de Maio de 1866—Regula a concessão e distribuição das *aguas dos depositos, aqueductos, e encanamentos publicos*, do Municipio da Côrte.

Av. n. 5230 do 1º de Março de 1873—Sobre o mez da cobrança da renda das *pennas d'agua.*

Vid. Not. 14 ao Art. 896 *infra.*

As *aguas pluviaes*, que cahem dos telhados, ou correm sobre a terra, é livre á cada um aprovei'tal-as em terreno proprio; ou em suas testadas, se correm pelas ruas, estradas, praças, e logares de uso publico.

As *aguas subterraneas* dos terrenos proprios são accessorios delles, podem ser aproveitadas por minas, ou por outros meios, não prejudicando-se aos direitos adquiridos.

(13) Cit. Alv. de 27 de Novembro de de 1804 § 12.

(14) Cit. Alv. de 27 de Novembro de 1804 § 12. As licenças para construcção de levadas, ou canaes, erão concedidas pelos Juizes do logar; e em casos mais graves, e de maior prejuizo, pelo Desembargo do Paço. Em França as especies desta natureza entrão na ordem das—*servidões estabelecidas pela lei*—, reputando-se como desapropriação unicamente a privação completa da propriedade; mas a nossa Const. diz—*uso e emprego da propriedade do cidadão*—. A Lei de 29 de Agosto de 1827 sobre as obras para navegação de rios, aberturas de canaes, e construcção de estradas, aqueductos, etc., diz tambem no Art. 17:—Os proprietarios, por cujos terrenos se-houvérem de abrir as estradas, ou mais obras, serão attendidos em seus direitos, nos termos da Lei de 9 de Setembro de 1826; e indemnisados, não só das bemfeitorias, mas até do solo, quando á vista dos seus titulos se-mostre, que devão ser isentos de os-dar gratuitamente—. Veja-se a segunda parte do Art. 25 do Decr. de 12 de Julho de 1845.

Art. 897. Incumbe aos Juizes de Paz procurar a composição de todas as contendas, e duvidas, que se-suscitarem entre moradôres de seus districtos ácerca do uso das aguas empregadas na agricultura, ou na mineração; e dos pastos, pescas, e caçadas (15).

Art. 898. O dominio, e a posse, das aguas, quando são particulares, pertencem aos donos dos predios, onde nascem (16).

Art. 899. O fluxo natural de aguas particulares pelo ribeiro, por onde correm, não dá direito em favor dos predios inferiôres (17).

3.ª ED.

Sobre a divisão de *aguas publicas* no Municipio da Côrte, a legislação é a citada ao Art. 894 *supra*, á que se-deve accrescentar a indicada no Repert. de Furt.

Sobre a divisão de *aguas publicas* pelos arrendatarios dos terrenos diamantinos, a legislação é a dos Arts. 43 á 47, e 51, do Regul. n. 465 de 17 de Agosto de 1846; e a dos Arts. 82 á 85, e 87, do Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875. Veja-se tambem o Decr. de 25 de Outubro de 1832 Arts. 22 e 23.

(15) Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 5º § 14.

3.ª ED.

A Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 Art. 91 confirma essa jurisdicção policial dos Juizes de Paz do Art. 5º § 14 da Lei de 15 de Outubro de 1827.

(16) Resol. de 17 de Agosto de 1775. Vem no Tratado das Aguas de Lobão § 76.

3.ª ED.

O Regul. n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 45 não respeitou *quantum satis* o dominio das *aguas particulares*, antepondo-lhe o serviço da mineração dos diamantes; o que foi sanado pelo recente n. 5955 de 23 de Junho de 1875 Art. 83 § Un. assim:—As aguas, que corrêrem em terrenos de propriedade particular, e que não estiverem aproveitadas, poderão igualmente ser utilisadas para trabalhos de mineração; devendo, porém, o arrendatario indemnisar o respectivo proprietario por meio de accôrdo, ou arbitramento.

(17) Cit. Resol. de 17 de Agosto de 1775.

Art. 900. Tal direito só existe, se os dónos dos predios inferiôres tivérem titulo de compra feita aos donos das nascentes, açude, ou canal; com manufactura constante, e permanente, que faça presumir o referido titulo (18).

Art. 901. Mas os donos das nascentes, depois de usarem das aguas, que lhes-forem precisas, não podem diverti-las em prejuizo dos predios inferiôres para alveo diverso do ribeiro, por onde costumão corrêr (19).

Art. 902. Os sobêjos das aguas se-devem repartir por dias, ou por horas, entre os predios inferiôres, á juizo de louvados, e á contento das partes (20).

Art. 903. Os subditos do Imperio não precisão de autorisação para poderem emprehendêr a mineração em terras de sua propriedade por meio de companhias de socios nacionaes, e estrangeiros (21); ficando somente obrigados á pagar os impostos estabelecidos, ou que para o futuro se-estabelecêrem (22).

---

(18) Cit. Resol. de 17 de Agosto de 1775.

(19) Cit. Resol. de 17 de Agosto de 1775.

(20) Cit. Resol. de 17 de Agosto de 1775.

(21) Os favôres outorgados aos estrangeiros não se-estendem á mineração—Ord. n. 132 de 14 de Maio de 1849. Deve havêr permissão especial—Decr. de 16 de Setembro de 1824.

(22) Decr. de 27 de Janeiro de 1829. O imposto do quinto do ouro, de que trata a Ord. L. 2º T. 34 § 4º, reduzido á 5 °/₀ pela Lei de 26 de Outubro de 1827, foi abolido pelo Art. 32 da Lei de 28 de Outubro de 1848. Esse imposto do quinto prevalece ainda hoje para os outros metaes—Decr. n. 887 de 18 de Dezembro de 1851 Cond. 2ª. Quanto ao ouro, pois, o dominio nacional, que se-manifestava pela partilha do quinto, e depois pelo pagamento do abolido imposto, deixa de sêr sensivel. Isto quanto ás terras do dominio particular, pois que, sendo a mineração em terrenos nacionaes, paga-se a taxa das datas mineraes—Art. 33 da citada Lei de 28 de Ou-

Art. 904. As acquisições das terras devolutas, e a revalidação, e legitimação, das posses dellas, são reguladas por Leis especiaes (23). (Art. 52 § 2.°)

---

tubro de 1848. Quanto aos terrenos diamantinos, não é assim; o proprietario particular do solo está sujeito á limitação do dominio nacional, tendo somente um direito de preferencia para arrendamento da lavra—Regul. n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 17, e n. 1081 de 11 de Dezembro de 1852 Art. 2°. Vid. Not. 4ª ao Art. 52 § 2°.

3.ª ED.

Vid. Decr. de 16 de Setembro de 1824, e o Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875 sobre a administração dos *terrenos diamantinos*, em virtude do Art. 11 § 9° da Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873.

(23) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, e Av. n. 98 de 8 de Maio de 1854.

3.ª ED.

Decr. n. 1926 de 25 de Abril de 1857—Creando na Provincia do Rio de Janeiro a Repartição Especial das *Terras Publicas*, de que trata o Art. 6° do Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854:

Decr. n. 1984 de 6 de Outubro de 1857—Creando a mesma Repartição na Provincia de S. Pedro:

Av. n. 50 de 24 de Março de 1869—Autorisando a Presidencia de Minas á fazer medir *Terras Publicas* para sêrem expostas á venda:

Av. n. 167 (Repartição Geral das *Terras Publicas)* de 9 de Julho de 1869—A' Presidencia de S. Paulo sobre o registro de *terras possuidas*:

Circ. n. 2 nos Additam. *(Repartição Geral das Terras Publicas)* de 8 de Janeiro de 1859—Ás Presidencias Provinciaes, para que nenhuns emolumentos percebão as *Repartições Especiaes das Terras Publicas*, ou Thesourarias de Fazenda, pelos registros de *terras possuidas*, que fizerem depois de findos os prazos do Art. 92 do Regul. de 30 de Janeiro de 1854:

Art. 905. Todos os possuidôres de terras, na conformidade dessas Leis especiaes, qualquer que seja o titulo de sua propriedade, ou posse, são obrigados á fazer registrar as terras, que possuirem (24).

Av. n. 3 Additam. (*Repartição Geral das Terras Publicas*) de 11 de Fevereiro de 1859—Sobre duvidas relativas ao registro de *terras possuidas*:

Decr. n. 2575 A. de 14 de Abril de 1860—Extinguindo as *Repartições Especiaes das Terras Publicas* nas Provincias do Amazonas, Piauhy, Ceará, Parahyba, Rio Grande do Norte, Sergipe, Maranhão, Rio de Janeiro, Minas, e Goyaz:

Decr. n. 2595 de 19 de Maio de 1860—Altera a *Repartição Especial das Terras Publicas* na Provincia de S. Paulo:

Decr. n. 2608 de 30 de Junho de 1860—Altera a *Repartição Especial das Terras Publicas* na Provincia do Espirito-Santo:

Decr. n. 2731 de 16 de Janeiro de 1861—Passa para a *Repartição Geral das Terras Publicas* as attribuições do Chefe da *Repartição Especial das Terras Publicas* da Provincia do Rio de Janeiro:

Decr. n. 3584 de 10 de Janeiro de 1866—Releva das multas impostas pelo Regul. de 30 de Janeiro de 1854 Art. 95 aos *possuidôres de terras* na Provincia de S. Paulo, que nos prazos competentes deixárão de registral-as.

Advertencia: A *revalidação*, e *legitimação*, das posses de terras, nos termos da legislação das terras devolutas e publicas, não é uma obrigação dos possuidôres, á cujo cumprimento possão ser compellidos judicialmente ou administrativamente. E' um direito, que lhes foi facultado, e de que podem usar, se quizerem. Não usando, deixando de procedêr á respectiva medição nos prazos marcados, incorrem no *commisso* do Art. 8° da Lei de 18 de Setembro de 1850. Não se confunda com este *commisso* o da legislação das sesmarias attendido nos casos de *revalidação*.

(24) Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 Arts. 91 e seg. Com esse registro nada se-predispõe, como pensão alguns, para o cadastro da propriedade immovel, base do regime hypothecario germanico. Teremos uma simples descripção estatistica, mas não uma exacta conta corrente de toda a pro-

Art. 906. As cousas, que tem já proprietario, adquirem-se pela transferencia legitima de um proprietario á outro (25).

Art. 907. O titulo justo para essas acquisições deriva, dos contractos (26), das disposições de ultima vonta-

---

priedade immovel do paiz, demonstrando sua legitimidade, e todos os seus encargos. O systema cadastral é impossivel entre nós.

3.ª ED.

E' aqui tambem applicavel a legislação citada ao Art. antecedente 904.

Vid. o *Livro das Terras* do Sr. Vasconcellos.

(25) Ord. L. 4º T. 58 § 3º—*algum justo titulo, porque a cousa lhes pertença*—; § 4º—*porque se mostre pertencêr a cousa á pessoa que della quer tomar posse*—. Quanto á immoveis veja-se o Art. 8º da novissima Lei Hypothecaria, e Not. ao Art. 884 *supra*.

3.ª ED.

Este *modo de adquirir*, que realisa-se pela *tradição* (Arts. 908 á 913 *infra*) é o que se-chama *derivado* ou *derivativo*. Antithese do *modo primitivo* ou *originario*, realisavel pela *occupação*, *invenção*, e *accessão*, consideradas como outros tantos *modos originarios* ou *naturaes de adquirir*.

Na *occupação* entrão a *caça*, e a *pésca*, etc.:

Na *invenção* entra a immaterial da *propriedade artistica*, de que fallei ao Art. 884; e a material da achada de cousas, de que fallei ao Art. 890.

A *accessão* classifica-se: 1º, como *accessão natural* na *alluvião*,—*alveo abandonado*,—*ilhas*, ou *ilhotes*, ou *ilhéos*, etc.: 2º, como *accessão industrial*, em que entra a *especificação*, etc.: 3º, como *accessão mixta*.

Basta ler sobre essas qualidades de *accessão* Coelh. da Roch. Dir. Civil §§ 417 á 423.

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 58 § 3º—*vendo primeiro as cartas das compras, escaimbos, ou doações*;—§ 4º—*carta de aforamento feita pelo senhorio da cousa*,—L. 1º T. 78 § 8º—*escripturas das vendas, escaimbos, aforamentos, e de outros quaesquer contractos.*

Devem ser transcriptos no registro geral (Art. 7º da novissima Lei Hypothecaria) todos os titulos entre vivos translativos de immoveis susceptiveis de hypotheca, e os constitutivos de direitos reaes sobre os mesmos immoveis.

« As despezas de transcripção (Art. 7º § 2º da cit. Lei) incumbem ao adquirente. A transmissão entre vivos (Art. 8º da cit. Lei), por titulo oneroso ou gratuito, dos bens susceptiveis de hypotheca, assim como a instituição dos onus reaes, não opérão seus effeitos á respeito de terceiros, senão pela transcripção, e desde a data della. A transcripção (Art. 8º § 1º da cit. Lei) será por extracto. Quando a transmissão (Art. 8º § 2º da cit. Lei) fôr por escripto particular nos casos, em que a legislação actual o-permitte, se delle não constar a assignatura dos contrahentes reconhecida por Tabellião, e conhecimento da siza. Quando as partes (Art. 8º § 3º) quizérem a transcripção de seus titulos *verbo ad verbum*, esta se-fará em livros auxiliares, aos quaes será remissivo o dos extractos; porém neste, e não naquelles, é que se-apontaráõ as cessões, e quaesquer inscripções, e occurrencias. A transcripção (Art. 8º § 4º da cit. Lei) não induz a prova do dominio, que fica salvo á quem fôr. Quando os contractos (Art. 8º § 5º da cit. Lei) de transmissão de immoveis, que forem transcriptos, dependerem de condições, estas não se-haverão por cumpridas, ou resolvidas, para com terceiros, se não constar do registro o implemento, ou não implemento, dellas por meio de declaração dos interessados fundada em documento legal, ou com notificação da parte. As transcripções (Art. 8º § 6º da cit. Lei) terão seu numero de ordem, e á margem de cada uma o Tabellião referirá o numero, ou numeros, posteriores, relativos ao mesmo immovel; ou seja transmittido integralmente, ou por partes. Nos Regulamentos (Art. 8º § 7º da cit. Lei) se-determinará o processo, e a escripturação, da transcripção.

3.ª ED.

Av. n. 114 de 7 de Abril de 1868:— Solve duvidas á respeito da *transcripção* dos titulos dos terrenos de marinha, alagados, e outros, expedidos antes ou depois da nova Lei Hypothecaria.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3º n. 11:— E' devido o imposto de transmissão de todos os actos e con-

de (27), das decisões judiciarias (28), e da determinação da Lei (29). (Art. 1320)

Art. 908. Para acquisição do dominio não basta simplesmente o titulo, mas deve accedêr a tradição; e, sem esta, só se-tem direito á acções pessoaes (30). (Art. 534)

---

tractos translativos de immoveis, sujeitos á *transcripção*, na conformidade da legislação hypothecaria.

Ord. n. 123 de 4 de Abril de 1871 :— O imposto de 1/10 °/₀ deve ser pago, além dos direitos devidos dos titulos de transmissão de propriedade, quando estes houverem de ser *transcriptos no Registro Geral.*

Ord. n. 353 de 23 de Outubro de 1871 :— A mesma disposição ácima da Ord. n. 123 de 4 de Abril.

Av. n. 154 de 21 de Maio de 1872 — O imposto de 1/10 °/₀, de que trata o § 11 da Tabella annexa ao Regul. n. 4355 de 1869, só é exigivel, quando os titulos de transmissão de propriedade houverem de ser *transcriptos no Registro Geral.*

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 10 :— A mesma disposição do Regul. á cima de 1869 Art. 3° n. 11.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 58 § 4°—*titulo justo, assim como testamento, codicillo.*

(28) Ord. L. 1° T. 58 § 8°—*posses que forem tomadas por vigor de sentenças, ou mandados de Juizes.*—Ord. L. 1° T. 79 § 14.

(29) Alv. de 9 de Novembro de 1754, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

(30) Ord. L. 4° T. 5° § 1°—*e tanto que o comprador fôr entregue da cousa, e pagar o preço, logo é feito della senhor*;— L. 4° T. 7°, e Alv. de 4 de Setembro de 1810—*por meio da tradição passa o dominio para o comprador,—deste contracto nascem as acções pessoaes, para se-haver por meio dellas a cousa vendida; a acção de reivindicação é real, e tem origem immediata no dominio.* Este é o fundamento da cardeal differença das acções reaes e pessoaes—*Traditionibus (et usucapionibus) dominia rerum, non mudis pactis, transferuntur*—. A tradição feita pelo verdadeiro proprietario transfere o dominio: a tradição feita *a non domino* é o germe da prescripção adquisitiva, havendo boa fé no adquirente; e esta propriedade nascente—*propriedade putativa*—é protegida pela acção publiciana. Vid. Not. aos Arts. 511, e 534.

Quando se-diz, que para acquisição do dominio não basta simplesmente o titulo, deve-se entendêr acquisição de dominio em virtude de actos entre vivos.

Quando se-diz, que deve accedêr a tradição, deve-se entendêr em relação aos actos entre vivos, ou antes contractos, que tem por fim a entrega da propria cousa; e não em relação á cessão do direito, que se-tenha para intentar uma acção de reivindicação—*Incorporales res traditionem non recipere manifestum est*—L. 43 § 1° Dig. *de adquir. rer. dom.*

3.ª ED.

Veja-se a Not. *supra* desta 3.ª Ed. ao Art. 531 Consolid.

Não admira a contenda entre os dois Livros, Orlando Cod. Com. Not. 1370, e Annibal Observaç. á Orlando pag. 137, sobre havêr ou não differença entre a doutrina do Alv. de 4 de Setembro de 1810, e a declaração do Art. 874 n. 8° do Cod. Com. Essa declaração inesperada é um vortice de palavras para exercêr a paciencia dos leitôres, e mais aggravada com a sua referencia ao Art. 198 do mesmo Cod.

A doutrina do Alv. é differente, como diz o Sr. Orlando, mas não porque a venda á credito somente confira ao vendedor acção pessoal para havêr o preço. N'isto não ha differença entre o Alv. e o Cod. do Com., para um e outro na venda á credito o vendedor só tem acção pessoal para do comprador havêr o preço da venda. A differença está, em que tal effeito, para o Alv. presuppõe a tradição da cousa vendida, e para o Cod. não a-presuppõe dizendo elle—antes da entrega da cousa vendida—.

A doutrina do Alv. não é differente, como diz o Sr. Annibal, porque para elle, e o Cod. do Com., na venda á credito compete somente ao vendedor o direito de havêr o preço, mas como achar differença, reconhecendo o Sr. Annibal na sua interpretação, que o comprador fica obrigado á effectuar a entrega da cousa? Se fica assim obrigado, a entrega não está effectuada, não houve tradição, e ahi temos portanto o absurdo de dominio adquirido sem tradição. Liquidarei completamente esta questão no meu Comment. do Cod. do Com. (Vid. Not. ao Art. 531)

Art. 909. A tradição consiste na effectiva entrega da cousa (31), á que se-segue o acto da posse (32), quando a Lei não determina de outro modo (33).

Art. 910. A posse póde ser tomada pelo adquirente, não achando quem lh'a-contradiga, em virtude de seu justo titulo de acquisição (34).

---

(31) Ord. L. 4º T. 5º § 1º, T. 7º, e Alv. de 4 de Setembro de 1810.

(32) Ord. L. 4º T. 58 §§ 3º e 4º.

(33) Como no caso do Art. 745. O costume, em accôrdo com as doutrinas do Direito Romano, tem canonisado a *tradição symbolica* em muitos casos (Arts. 199 e 200 do Cod. do Com.). A *tradição ficta* da clausula—*constituti*—é usual em nossas escripturas.

3.ª ED.

Quando a lei não determina de outro modo, diz o texto; e um dos casos, em que determina de outro modo, é o da transferencia de Apolices da Divida Publica, realisavel somente pelo modo estatuido no Art. 63 da Lei de 15 de Novembro de 1827. O mesmo acontece com as acções nominativas das companhias (não transmissiveis por endosso, como as letras nominativas hypothecarias do Art. 13 § 3º da Lei Hypothecaria), cuja transferencia opera-se por termo lançado nos respectivos Livros. Vid. Art. 25 n. 1º, e Art. 26 do Regim. dos Correctôres n. 806 de 26 de Julho de 1851. Consulte-se Pardessus Dir. Com.

Pode-se dizêr, que a *tradição*, no actual estado da nossa legislação, só apparece naturalmente no traspasso de cousas moveis com valôr por si. A *transcripção* da cit. Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 8º, e do seu Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Arts. 256 á 281, é hoje o *modo da tradição* das cousas immoveis.

Um dos casos de *tradição ficta* resulta da *reserva de usufructo*, ou vendendo-se, ou doando-se (Not. *supra* ao Art. 417 § 3º).

Se o vendedor, ou o doador, ao contrario, *reserva a núa propriedade*, o caso é de *tradição real*.

(34) Ord. L. 4º T. 58 §§ 3º e 4º. O § 3º falla da faculdade dada pelo transferente para se-tomar posse. O § 4º dispensa essa faculdade, e contenta-se com a exhibição do titulo.

Art. 911. Os Tabelliães são autorisados, sem dependencia de mandado do Juiz, á passar instrumentos publicos das posses, que pelas partes fôrem tomadas (35).

Art. 912. Os Tabelliães só podem dar esses instrumentos, apresentando-se-lhes justos titulos de contractos, ou de disposições de ultima vontade, por onde mostrem as partes, que a cousa lhes-pertence (36).

Art. 913. Para os instrumentos das posses, que se tomarem em virtude de sentenças, ou de mandados do Juiz, são competentes os Escrivães dos respectivos processos (37).

3.ª ED.

A *posse* aqui toma-se pela da cousa corporea, em que o dominio confunde-se.

Quando os direitos não se-confundem na cousa corporea e percebem-se pelo entendimento, os J. C. dizem— *quasi-posse*—, que manifesta-se pelo exercicio dos direitos. *Se direitos affirmativos*, o facto positivo da acção, ao menos uma vêz. *Se direitos negativos*, o facto negativo da opposição, tambem ao menos uma vêz. A concessão expressa de *direitos negativos* equivale á *quasi-posse* delles. Sobre a *quasi-posse da filiação* veja-se a Not. 7 ao Art. 212 *supra*.

(35) Ord. L. 1º T. 78 § 8º, e L. 4º T. 58 §§ 3º e 4º.

(36) Cit. Ord. L. 4º T. 58 §§ 3º e 4º.

(37) Ord. L. 1º T. 78 § 8º, e T. 79 § 14. Os Indices de Ribeir., e Borg. Carn., dão noticia da Cart. Reg. do 5 de Dezembro de 1647, que prohibio admittirem-se clausulas nas posses.

« Até muito pouco tempo (Rebouças Observ. á este Art.) os Tabelliães no Brazil o-erão do *judicial e de notas*, e assim os desta Capital do Imperio. Sem acto algum do Poder Legislativo os *Tabelliães* desta Capital ha algum tempo ficárão sendo somente de *notas*. Quaes serão os *Tabelliães do judicial?* Tambem não consta, que os-haja creados separadamente por lei, ou que por lei ficassem sendo *Tabelliães judiciaes*; e com cartas, que assim os-denominem *Escrivães*, que servião contemporaneamente á esses *Tabelliães do judicial e notas*, e depois da mencionada separação continuão á existir. »

Art. 914. Uma vêz adquirido o dominio, presume-se continuar, até que se-mostre o contrario (38).

Art. 915. O dominio é *directo*, ou *util*. Não se adquire *dominio util* senão pelo aforamento (39). (Arts. 62, 307, 625, e 651)

Art. 916. Na reivindicação de cousa immovel o autôr deve declarar a situação, e as confrontações, della (40).

3.ª ED.

Bem possúe, quem possúe por autoridade da Justiça (Ord. L. 4° T. 6° § 3°, *in fin.*, e Lei de 3 de Novembro de 1768 *princ.*).

(38) Ord. L. 3° T. 53 § 3°. O mesmo acontece quanto á posse. Quem provar, que possuia por si, ou por seus antepassados, presume-se têr possuido sempre sem interrupção —Art. 455 do Cod. do Com.

(39) Alv. de 3 de Novembro de 1757, e Lei de 4 de Julho de 1776. Vid. Nots. aos Arts. 62, 607, 625, e 651.

O dominio directo, e util, dos bens emphyteuticos podem sêr objecto de hypotheca — Art. 2° § 1° da novissima Lei Hypothecaria.

3.ª ED.

Não se confunda—*dominio directo*, e—*dominio eminente*.

O *dominio directo* é—*dominio civil*,—*dominio em acto*,—*dominio fraccionado* na *extensão* da idéa em relação ao *dominio util*:

O *dominio eminente* é—*dominio politico*,—*dominio em podêr*, —*dominio inteiro* na comprehensão da idéa.

Não se-confunda tambem—*dominio util*, e—*usufructo*—, como se-confundio no Diccion. Jur. de Per. e Souz.; posto que ambos são dominios do Direito Civil, e *fraccionados* na *extensão* da idéa.

No *dominio util* o *emphyteuta* paga fôro ao *senhorio directo*:

No *usufructo* o *usufructuario* nada paga ao *nú-proprietario*. Vid. Nots. aos Arts. 62, 606, 625, e 884, *supra*.

(40) Ord. L. 3° T. 53 princ.

As sentenças proferidas em Causas de medição produzem o mesmo effeito, que sentenças proferidas em causas de reivindicação?

Art. 917. Na reivindicação de cousas moveis, ou semoventes, deve declarar a quali dade dellas, e seus signaes distinctivos (41).

Art. 918. Para obtêr vencimento basta, que o autôr prove seu dominio presumptivamente, nos termos do Art. 914 (42).

Art. 919. Se o réo demandado pela reivindicação negar possuir a cousa, e o autôr provar o contrario; será logo privado da posse, e a cousa se-entregará ao autôr até decisão final (43).

Art. 920. Antes que o autôr prove o contrario, o réo póde retractar-se da sua negativa, e confessar a posse; e então será relevado da pena, aceitando o autôr a confissão (44).

Art. 921. Provando o autôr que o réo possúe a cousa, já não aproveita á este a defeza fundada em dominío, e só lhe-resta o direito de intentar nova acção (45).

Art. 922. Se o réo allegar, que possúe a cousa em nome de outro como seu locatario, ou mandatario; deve sêr demandada a pessoa, que elle nomear (46).

---

(41) Cit. Ord. L. 3° T. 53 princ.

(42) Cit. Ord. L. 3° T. 53 § 3°.

(43) Ord. L. 3° Tit. 32 § 2°, e T. 40 princ. Não se-observa esta disposição.

(44) Ord. L. 3° T. 40 § 1°.

(45) Cit. Ord. §§ 2° e 3°. Não ha exemplo em nosso Fôro desse modo de procedêr.

(46) Ord. L 3° T. 45 § 10.—Aquelle, que possúe por seus agentes, prepostos, ou mandatarios, pais, tutôres, ou curadôres, entende-se, que possúe por si—Art. 455 do Cod. do Com. Como justificar a disposição do Art. 492 § 7° do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850?

« A Ord. e o Cod. do Com. (Rebouças Observ. á esta Not.) nos logares citados tratão das *acções*; o Regul. no Art. 492 trata da competencia passiva para *execução* das sentenças, e

contempla no seu § 7° todos os que detêm os bens em nome do vencido; como o depositario, o rendeiro, o inquilino, quanto á esses bens somente.

« Isto mesmo nada tem de novo. Per. e Souz. Prim. Linh. do Proc. Civil, no Cap. 29 *Da execução* § 290 Not. 777, o diz assim:

« Contra o que detem a cousa em nome do condemnado, como o commodatario, locatario, depositario; porque estes só tem a detenção, e o condemnado conserva o dominio e a posse. »

« E na verdade, que mais conforme á Ord. L. 3ª T. 45 § 10, e ao Art. 455 do Cod. do Com., do que, depois de vencido e condemnado aquelle, em cujo nome se-possúe, e detem a cousa, cumprir-se a condemnação onde, e no poder de quem, ella estivér? Seria licito respondêr o *locatario, depositario, commodatario, inquilino, rendeiro, tutôr*, ou semelhante, que o vencedôr exequente não poderia proseguir, e effectuar sua execução, por não estar a cousa sujeita no podêr da propria parte principal, accionada, vencida, e condemnada? »

Por têr o Regul. n. 737 no Art. 492 § 7° seguido a pista de Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 777, não fica justificada sua disposição considerando partes na execução das sentenças os detentôres de bens, sobre os quaes a execução recaia. Não ha differença á fazêr entre *acções*, e *execuções*. Se o locatario, mandatario, depositario, e outros, que não possúem em seu nome, posto que tenhão posse de detentôres, não podem sêr demandados por acção de reivindicação da cousa, que assim possuem; é claro, que como taes não podem sêr executados pela sentença, que o reivindicante obtivér.

Se pelo facto de ser a cousa tirada de sua posse em virtude da execução da sentença dá-se-lhes o nome de *executados*, estamos de accôrdo com o Art. 492 § 7° do cit. Regul., e com a Not. 777 de Per. e Souz.; porém a verdade é, que tal denominação cabe unicamente á aquelle, que paga as custas da execução. Executa-se a sentença contra o successôr universal, contra o successor singular, o fiador do Juizo, e o chamado á autoria; e porventura estão essas pessoas no mesmo caso dos detentôres de bens do executado, cuja detenção se-faz cessar?

Examinando-se a L. 9ª Dig. *de reivindic.*, com a qual setem autorisado Per. e Souz. no logar citado, vêr-se-ha, que esse fragmento contém uma decisão de Ulpiano contraria ao disposto na nossa Ord. L. 3° T. 45 § 10. Esta Ord. diz, que

Art. 923. Sendo falsa essa allegação, o réo incorre na condemnação das custas em dôbro, que pagará da cadêa (47).

Art. 924. Se o réo possuia a cousa demandada, e depois da acção aliena-la maliciosamente, será condemnado, como se a-possuisse (48).

Art. 925. Assim alienada a cousa em fraude da execução da sentença, o autôr tem escôlha, ou para executar o terceiro possuidôr pela mesma sentença sem necessidade de outro processo, ou para exigir o valôr da cousa (49). (Art. 348)

Art. 926. Se o terceiro possuidôr da cousa litigiosa não sabia do litigio, nem tinha razão de sabêr, deve sêr citado, e summariamente ouvido no processo da propria execução (50). (Art. 349)

Art. 927. Preferindo o autôr recebêr do réo demandado o valôr da cousa, será admittido á jurar sobre o preço real, e sobre o de affeição; precedendo avaliação por peritos, e resolvendo o Juiz á final (51).

---

a acção de reivindicação não póde ser intentada contra os que possúem em nome de outro, e Ulpiano aliás decidio pela affirmativa « *Puto autem* (palavras da cit. lei romana) *ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.* »

(47) Ord. L. 3° T. 45 § 10. Tambem não está em uso.

(48) Ord. L. 3° T. 86 § 16, e L. 4° T. 10 § 9°.

(49) Cit. Ord. L. 3° T. 86 § 16 Regul. Com. n. 737 de 25 de, Novembro 1850 Arts. 492 § 6°, 494 (cuja redacção é confusa) 572, e 573. Vid. Not. ao Art. 841.

(50) Ord. L. 4° T. 10 § 9°. Nossos Juizes, não obstante essa legislação tão expressa, e tão justa, mostrão-se nimiamente escrupulosos em taes execuções contra terceiros, que (dizem elles) não forão ouvidos, nem condemnados; de modo que accumulão-se processos sobre processos, sem a menor necessidade.

(51) Ord. L. 3° T. 86 § 16. Esse juramento é denominado —*in litem*—. Vid. Arts. 172, 173, 174. e 573, do Regul. Com. n. 737.

Art. 928. Ao réo condemnado na reivindicação se-deve assignar déz dias para largar a posse, e entregar a cousa ao autôr; e, se o não fizér, a cousa lhe-será tirada judicialmente (52).

Art. 929. O possuidôr de má fé está obrigado á restituição de todos os fructos, ou rendimentos, dêsde o comêço da posse (53). (Art. 585 § 6.°)

Art. 930. Serão constituidos em má fé os que possúem em virtude de titulo, que a Lei reprova, ou prohibe (54). (Arts. 585 § 6°, e 1321)

Art. 931. Ainda que os fructos, e rendimentos, não sejão pedidos, o Juiz póde condemnar nos que tivérem sido percebidos depois da lide contestada (55).

TITULO II

DAS SERVIDÕES

Art. 932. Por mandado do Juiz, e á requerimento da parte prejudicada, póde-se embargar a edificação de qualquer obra nova, comminando-se pena ao edificante, para que não continúe sem decidir-se a questão (1).

---

(52) Ord. L. 3° T. 86 § 15, Regul. Com. n. 737 Art. 571.

(53) Ord. L. 2° T. 53 § 5°. Trata-se de um caso especial, mas a razão da Lei é geral, e accorde com a doutrina—*porquanto os-havemos por constituidos em má fé, para que não possão fazêr seus os ditos fructos*—.

(54) Cit. Ord. L. 2° T. 53 § 5°. É uma consequencia que tambem se harmonisa com a doutrina sobre a materia.

(55) Ord. L. 3° T. 66 § 1°, Vid. Not. ao Art. 841.

(1) Ord. L. 1° T. 68 § 23. Os embargos de obra nova erão da competencia da Almotaceria, que foi abolida pelo Decr. de 26 de Agosto de 1830. Competem agora ao Juiz Municipal, ou ao Juiz de Paz dentro da sua alçada—Lei de 3 de

Art. 933. A propria parte prejudicada, lançando pedras na obra, se fôr este o uso do logar, póde por si denunciar ao edificante, que na edificação não prosiga (2).

Dezembro de 1841 Art. 114 § 3°, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 1° § 3°. Vid. Not. ao Art. 1330.

Póde têr logar o embargo de obra nova, ou esta prejudique a servidão do autor, ou á um direito de superficie, ou em geral ao seu immovel.

3.ª ED.

Av. n. 401 de 29 de Oatubro de 1874—As *nunciações de obra nova* tem processo summario, e não são da competencia dos Juizes de Paz.

Sobre as *servidões*, em relação ao vigente regime hypothecario, vejão-se a Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 6°, e § 5° desse Art.; e o Regul n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Arts. 141, 142 § 1°, 261, 274, e 332.

Sobre as *servidões publicas* as Camaras Municipaes (como bem diz o Regim. dellas, commentado pelo Sr. Cortines Laxe pag. 49, em referencia ao Av. n. 101 de 28 de Março de 1855), devem desempenhar sua attribuição pela execução de suas Posturas; e quando estas nada providenciarem á tal respeito, devem regular-se pela legislação commum; invocando em um, e outro caso, a Autoridade Judiciaria.

Sobre as *servidões urbanas* consulte-se a excellente Monographia do Sr. Ribeiro de Moura «—Manual do Edificante, do Proprietario, e do Inquilino—».

Ha no Fôro muito arbitrio sobre a pena comminada ao edificante, quando prosiga na obra embargada; porém em praxe normal a pena deve ser unicamente a incursão em *attentado*, protestando-se logo deduzir artigos delle. O effeito do *attentado provado e julgado* é demolir-se a obra accrescida, como dispõe o Art. 934 *infra*. Vid. Not. á esse Art. 934.

(2) Ord. L. 3° T. 78 § 4°. Esse embargo extrajudicial —*per jactum lapidis* — não está mais em uso.

« A Ord. L. 3° T. 78 § 4° (Rebouças Observ. á esta Not.) diz, que aquelle, á quem se-tolhe a servidão, póde por si denunciar ao edificante, lançando certas pedras na obra, segundo o direito, e uso da terra, que mais não faça naquella obra.

« Assim, pois, o *costume da terra* parece antes referir-se ao modo de lançar as pedras, do que ao direito de procedêr ao embargo symbolico, segundo de direito competir.

« Nem é tão exacto, como se-poderia crêr da Nota exposta, que não esteja mais em uso esse direito, porquanto:

« De facto proprio sabemos, que, estando-se á fazêr por parte da Alfandega desta Capital do Imperio uma nova obra, que prejudicava ao trapiche á ella immediato, foi essa nova obra embargada symbolicamente por parte da proprietaria do visinho trapiche, lançando-se-lhe três pequenas pedras perante testemunhas, de que assim a mesma nova obra ficava embargada; e protestando em nome da Lei aos obreiros, que toda a continuação seria attentatoria. Assim, os obreiros tiverão de parar, ficando a nova obra effectivamente embargada.

« Participou-se dessa occurrencia ao Inspectôr da Alfandega, que então era um Jurista notavel por sua illustração; e, apresentando-se elle, uma vêz informado do occorrido, accedeu, respeitando o facto pelo direito.

« Effectuado o embargo symbolico, foi ao depois ratificado, ou feito judicial, pelo competente Juiz Municipal, e teve de seguir seus termos legaes.

« Actualmente sei, que pende no Juizo Municipal da 3ª Vara o processo de uma nunciação de nova obra, que sem duvida alguma principiou pelo embargo symbolico.

« E' mesmo um remedio prompto, efficaz, e utilissimo, para evitar, que uma *nova obra* clandestinamente emprehendida se-complete, antes que se-possa recorrêr efficazmente ao mandado judicial; e por alguma demora o embargo de nova obra não mais seja cabido, reduzido o prejudicado á exercêr somente a acção — *quod vi aut clàm* —; não se-podendo embargar, nem suspendêr, embargando o que já esteja feito, e concluido. »

3.ª ED.

As observações do Sr. Rebouças sobre as nunciações de obra nova, ou embargos—*per jactum lapidis*—, forão por mim aceitas na 2.ª Ed.; e agora tambem aceito, o que á tal respeito accrescentou a Miscell. de Rodrigues pags. 242 e 243, menos sobre o ponto da seguinte Not ao Art. 934.

Art. 934. Se, depois da nunciação, ou do embargo, a obra tivér andamento, o Juiz ordenará a demolição do que mais se-edificar; e, reduzidas as cousas ao primeiro estado, tomará então conhecimento do caso (3).

---

(3) Ord. L. 1º T. 68 § 23, e L. 3º T. 78 § 4º.

3.ª ED.

A demolição da obra accrescida é o effeito do *attentado* commettido pelo continuadôr da obra em despeito do embargo. Vid. Not. ao Art. 932 *supra*, Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 206 Not. fin., e Alm. e Souz. Attent. § 297, no 1º Tom. das Acç. Summ.

Sobre o que seja em geral — *attentado* — vêja-se Per. e Souz. Linh. Civ. not. 230 — *attentado* induzido pela litispendencia.

« Nesta acção de Embargo de Obra Nova, diz a Miscell. de Rodrigues pag. 242, autorisando-se com Ramalho e Lobão, póde-se discutir, e decidir, o *dominio*; o que é *particular d esta acção*, apezar de summaria—Ord. L. 1º T. 68 § 23. A appellação da sentença, que julga provados os Artigos de Nunciação, deve sêr recebida em ambos os effeitos—Doutr. das Acç. § 209 e Not. »

A Miscell. de Rodrigues vai com Ramalho, este seguio Lobão, este outro Interd. § 125 foi com a opinião de um Senadôr transcripta por Pegas; e por fim de contas a *descoberta particularidade* não tem raiz na Ord. L. 1º T. 68 § 23, á que refere-se o mesmo Lobão! Esta Ord. diz—até se-determinar a causa *por direito*,—posto que mostre, que de *direito* a-podia fazêr—; mas o *direito* ahi é o julgado pela respectiva sentença no primeiro caso; e, no segundo caso; o direito de fazêr o edificante a obra.

Ora, se á esse direito no segundo caso não se-attende em punição do attentado de continuar na obra embargada, não se-discute e decide-se o dominio, procede-se ao contrario á despeito da prova do dominio, e ao inverso da interpretação luminosa do Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 consolidada em nosso Art. 818.

Três hypotheses acha minha análise na possivel decisão injusta das Causas de embargo de obra nova:

A 1ª, de obra em terreno alheio:

Art. 935. Com licença do Juiz, o edificante póde proseguir na obra embargada, sendo admittido á prestar caução de a-demolir, ouvida a parte, e precedendo as informações necessarias (4).

Art. 936. Não é admissivel a nunciação, ou o embargo, de obra nova em predios fronteiros, á pretêxto de tolhêrem a luz, ou a vista do mar (5).

A 2ª, de obra com servidão affirmada:
A 3ª, de obra com servidão negada.

E se taes embargos são acções possessorias, ou interdictos possessorios, como, injustamente decididos, recusar, na 1ª hypothese ao legitimo proprietario vencido sua *acção reivindicatoria*, na 2ª hypothese ao edificante vencido sua *acção confessoria*, e na 3ª hypothese ao nunciante vencido sua *acção negatoria*?

Evita-se o mal possivel da demolição total ou parcial da obra? Esse mal porém occorre, quando, prestando-se caução de *opere demoliendo*, prosegue a edificação, e o edificante succumbe na sentença final.

Neste lance o mal é inevitavel, e não assim, dado o vencimento das acções ulteriôres; porquanto na Causa de Embargo o edificante vencedôr fica possuidôr de boa fé, e o nunciante posteriôrmente vencedôr deve indemnisal-o do valôr das suas bemfeitorias.

A consideração do mal da demolição da obra, que deu justo motivo á praxe do recebimento da appellação nos dois effeitos; motivou tambem a erronea opinião de ventilar-se, e julgar-se nestas Causas, as questões de propriedade, á que só convem o curso das acções ordinarias.

Sobre a appellação, a Doutr. das Acç. de Correia Tell. nada limita. A appellação é suspensiva sempre, ainda que a sentença seja á favôr do nunciado.

(4) Regim. de 24 de Julho de 1713, e Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1º. As cauções—*de opere demoliendo*—pagão o imposto do § 45 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841.

(5) Ord. L. 1º T. 68 § 24, Decr. de 12 de Junho de 1758, e Ass. 2º de 2 de Março de 1786. O contrario determinava a celebre—*Constituição Zenoniana*—.

Art. 937. Em predios contiguos ha servidão constituida, se um delles por mais de anno e dia tivér janella aberta sobre o outro predio (6).

Art. 938. Passando o anno e dia, não se-póde edificar no predio serviente, fazendo-se parede tão alta, que tape a janella (7).

Art. 939. Deve porém mediar entre o predio dominante, e a nova edificação, o intervallo de vara e quarta de largura (8).

Art. 940. Se entre os dois predios houvér becco tão estreito, que não passe de quatro palmos, sem serventia de portas, e somente destinado ao esgôto das aguas do telhado; não poder-se-ha edificar em um dos predios obra superiôr á altura da janella aberta na parede do outro predio, tirando-lhe a luz (9).

Art. 941. E' prohibido abrir janellas, ou frestas, ou fazêr eirado, sobre o quintal, ou a casa do visinho, sem que haja algum espaço de permeio (10).

Art. 942. Todavia, tendo-se feito janella, fresta, ou eirado, estando o visinho presente no logar, e passando de anno e dia; já elle não tem direito de obrigar á desfazêr a obra, ainda que pretenda levantar seu predio (11).

---

(6) Ord. L. 1º T. 68 § 33. É a servidão—*luminis,—ne luminibus officiatur*—.
(7) Ord. L. 1º T. 68 § 33.
(8) Cit. Ord. L. 1º T. 68 § 33.
(9) Ord. L. 1º T. 68 § 27.
(10) Cit. Ord. L. 1º T. 68 § 24.

3.ª ED.

Abrir janellas—de qualquer qualidade, ou denominação; ou só de *peitoril*, ou com *varanda*, ou *sacada*.

(11) Cit. Ord. L. 1º T. 68 § 25.

Art. 943. E' licito, porém, fazêr eirado com parêde tão alta, que impossibilite o devassamento da casa, ou do quintal, do visinho (12).

Art. 944. Tambem se-póde fazêr seteira, por onde entre a claridade (13).

Art. 945. A abertura de sêteiras não constitúe servidão. Se o dono da casa visinha quizér levanta-la póde em qualquer tempo exigir, que se-fechem (14).

Art. 946. Se uma casa fôr de dois dônos, pertencendo á um as lojas, e ao outro o sobrado, não póde o dono do sobrado fazêr janella, ou outra obra, sobre o portal das lojas (15).

Art. 947. Quem tivér janella, ou beiras de telhado, sobre a casa do visinho, e apear sua parêde para levantar outra de novo; deve refazêr a obra pela mesma maneira, em que d'antes se-achava, sem havêr differença alguma (16).

Art. 948. Quando uma casa lançar agua dos telhados sobre a do visinho, póde este levantar seu predio quanto quizér; quebrando as beiras, cimalhas, e os encanamentos (17).

---

(12) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 24.

(13) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 24.

(14) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 24.

(15) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 34.

(16) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 28.

Arrematando-se duas, ou mais casas, de um só dono, e nada se-tendo declarado nas arrematações, ha servidão por janellas abertas nas parêdes lateraes de uma sobre as outras? « *Si quis ædes* (L. 30 § 1° Dig. *de servit. præd. urban.*), *quæ suis ædibus servirent, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est; alioquin liberæ veniunt.* » Confere com a L. 10 Dig. *com. præd.*, e L. Un. Dig. *de servit. legat.* Vid. em contrario Cod. Civ. Fr. Arts. 692 e 693.

(17) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 38.

Art. 949. Tem logar esta faculdade, não havendo servidão de janellas, ou frestas; e ao novo edificante incumbe tomar as aguas da casa visinha, e dar-lhes conveniente sahida, de modo que não causem damno (18).

Art. 950. Havendo parêde de meação, sobre a qual esteja assente o cano das aguas do edificio mais alto, o dono do mais baixo, se edificar em maior altura, deve deixar na mesma parêde sufficiente espaço para o desaguamento do telhado (19).

Art. 951. A parêde divisoria entre dois predios, não havendo prova em contrario, presume-se commum, se ambos os proprietarios tem nella madeirado (20).

Art. 952. Se um dos predios fôr mais alto que o outro, a parêde divisoria se-presume sêr do predio mais baixo até a altura do seu madeiramento; pertencendo, do madeiramento para cima, ao proprietario do predio mais alto (21).

---

(18) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 38. A servidão, quanto ao recebér aguas dos telhados, é denominada—*jus stillicidii*—. Por *canos, calhas, ou calhes*, se-dá sahida ás aguas dos telhados.

(19) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 39.

(20) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 36.

3.ª ED.

Procede a disposição do têxto, quanto aos *muros* divisorios de predios urbanos? Sim, porque impera igual razão.—Procede, quanto aos *muros* divisorios de predios rusticos, de separação ou tapagem de campos?

Não de *jure constituto*, posto que pareça imperar igual razão. Tambem pela negativa quanto aos *vallos*, ou *vallados*, á respeito dos quaes accresce a circumstancia da terra amontoada para um dos lados, induzindo presumpção de pertencêr ao predio desse lado.

(21) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 36.

Art. 953. Ninguem póde madeirar na parêde, em que não tivér parte, salvo se a parêde o-supportar, pagando metade de seu custo ao respectivo proprietario (22).

Art. 954. A casa commum deve sêr dividida, logo que o-queira um dos co-proprietarios, embora o outro recuse. Em tal caso, ambos devem dar logar para a parêde do repartimento, e seu alicerce (23).

---

(22) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 35. Servidão—*tigni immittendi*—.

(23) Ord. L. 1° T. 68 § 37. Se commoda divisão não fôr possivel, é applicavel a disposição da Ord. L. 4° T. 96 § 5°. (Art. 1166 *infra*.)

3.ª ED.

A cit. Ord. L. 1° T. 68 § 37 não diz—*dividida*—, como o nosso têxto *supra*.

Diz—*partir*—*partir-se-ha*. Para mim *partir* é fazêr *divisão abstracta*, e *dividir* é fazêr *divisão concreta*. Nada mais vulgar que a distincção arithmetica entre *numero abstracto* e *numero concreto*.

Mudei as palavras *supra* da Not. da 1ª Ed.—*se a divisão não fôr possivel*—, para estas—*se commoda divisão não fôr possivel*—; e assim concordão com a exacta doutrina do cit. Man. do Edific. §§ 229, e 230. Não se-confunda indivisibilidade com divisibilidade, e a divisibilidade commoda ou incommoda deste Art. 954 com a divisibilidade sem damno ou com damno do Art. 1166 *infra*.

Se divisibilidade incommoda não é divisibilidade com damno, não ha, confesso, paridade entre os dois casos dos Arts. 954 e 1166 Consolid.; por outra, uma casa commum não é um commum escravo, animal, moinho, lagar, ou cousa semelhante, cujo prestimo cessaria, ou cujo valôr diminuiria, pela divisão concreta. Em verdade, a Ord. L. 1° T. 68 § 37 suppõe divisivel a casa commum, sempre que um dos condominos exigir a divisão, tal é nestas communhões o incentivo para discordias.

Casos de commoda ou incommoda divisibilidade mostra *supra* o Art. 896 em matéria de aguas.

Vejão-se, a Not. ao Art. 1166, e a Not. 2 ao Art. 1269. Consolid.

Art. 955. Se os co-proprietarios não concordarem sobre a qualidade da construcção da parêde de repartimento, querendo um de taboado, e o outro de taipa, ou de pedra; o Juiz decidirá, como fôr mais conveniente (24).

Art. 956. Se não conviérem fazêr a parêde á custa de ambos, aquelle, que requerêr a divisão, deve fazêl-a á sua custa; mas o outro não poderá fazêr della algum uso, sem que pague metade do seu custo (25).

Art. 957. Não constitúem servidão os caminhos, e atravessadouros, particulares, feitos por propriedades tambem particulares, que se não dirigem á fontes, ou pontes, com manifesta utilidade publica; ou á logares, que não possão têr outra serventia (26).

Art. 958. Para havêrem taes servidões é necessario, que se-apresentem titulos legitimos, que excluão a *acção negatoria*. Não basta allegar *posses immemoriaes* (27). (Art. 1333)

---

(24) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 37.

(25) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 37. Omitto varios casos desta Ord. L. 1° T. 68, porque são materia propria das Posturas das Camaras Municipaes, nos termos da Lei do 1° de Outubro de 1828 Art. 66.

3.ª ED.

Nos casos omittidos, regulados pelas Posturas das Camaras Municipaes, entrão os de passadiço, alpendre, escada, balcão etc., sobre a rúa; os de esgôtos, canos de despejo, cloacas, esterqueiras etc.; e quanto mais possa por interesse de cada um prejudicar ao bem publico, constituindo *servidões*.

(26) Lei de 9 de Julho de 1773 § 12.

(27) Cit. Lei de 9 de Julho de 1773 § 12. O Art. 6° da novissima Lei Hypothecaria contempla a *servidão* como um dos *onus reaes*, e no mesmo Art. § 5° reconhece as servidões adquiridas por prescripção. Vid. Not. ao Art. 884.

TITULO III

DA HERANÇA

CAPITULO I

Da successão á intestado

Art. 959. Defere-se a successão á intestado na seguinte ordem (1) :

3.ª ED.

Acção negatoria—é a que nega uma servidão, para que o immovel seja declarado livre della. Oppõe-se á—*acção confessoria*—, isto é, a que affirma uma servidão sobre immovel alheio, para que á ella se-o-declare sujeito.

E' livre á cada um tapar seu campo ou terreno, e pela tapagem, ou tapame, que quizer ; comtanto que respeite servidões legalmente constituidas, e não cause damno aos visinhos. Não póde obrigar os visinhos confinantes á concorrêr para as despezas da tapagem, deve fazêl-a sobre seu terreno.
Vid. Not. ao Art. 1333.

3.ª ED.

(1) Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 1º— Comprehende-se no impôsto de transmissão de propriedade a *taxa de heranças*: n. 6º— *O sello proporcional dos quinhões hereditarios:* § 1º n. 1º—As heranças não excedentes de 100$000 ficão exceptuadas do imposto.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3º n. 1º:— O imposto é devido, na conformidade da tabella annexa, das *heranças ab intestato* : Art. 4º n. 5º—São isentas do imposto as heranças não excedentes de 100$000, não se-comprehendendo nesta expressão as *quotas hereditarias*.

Esta explicação sobre as *quotas hereditarias*, repetida no Regul. de 1874 Art. 13 n. 3º, quer dizêr, que o imposto sempre se-paga como substitutivo do *sello proporcional dos quinhões hereditarios* (Art. 19 n. 6º da Lei á cima de 1867), do qual sello porisso já não trata o Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870.

Sobre o imposto de transmissão de propriedade em relação ás *heranças ab intestato* vejão-se mais: no cit. Regul. de 1869 o Art. 6º n. 1º, e o Art. 13; e no Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 os Arts. 2º, 11, 12, 24 n. 1º, 28 ns. 3º, 4º, e 5º, 33, e 44. Em vista do Art. 13 do primeiro desses dois Reguls., e do Art. 44 do segundo, o imposto de transmissão, como substitutivo da *taxa de heranças e legados*, rege-se pois não só por elles, como pela legislação anteriôr ; de modo que nesta parte, mais que na das transmissões *inter vivos*, surgem muitas difficuldades, muitas duvidas. Vid. Not ao Art. 1096 *supra*.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º § 1º— Por morte do *escravo*, metade do seu peculio pertencerá ao conjuge sobrevivente, se o-houvér; e a outra metade se-transmittirá aos seus herdeiros, na forma da lei civil. Na falta de herdeiros, o peculio será adjudicado ao fundo de emancipação.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 59— A mesma disposição da Lei á cima n. 2040, accrescentando : —Fica subentendido, que todo o peculio pertencerá ao conjuge sobrevivente, se o *escravo* não tivér outros herdeiros. Vid. Nots. á este Art. § 5º, e aos Arts. 982 § 1º, e 993 § 5º, *infra*.

A *successão ab intestado*, um dos *modos* de adquirir propriedade, e por *titulos* derivados da *determinação da lei* (Art. 907, e Not. *supra*), reputa-se pelos Juristas um *testamento tacito*, que regula-se pela *computação do parentêsco* segundo Direito Civil. O *parentêsco* é de *consanguinidade* ou *cognação* isto é, pelo sangue dos parentes; ou de *affinidade*, isto é, pelo sangue de um dos conjuges em relação ao do outro conjuge.

Parentêsco legitimo,—*parentêsco illegitimo*, conforme provêm de casamento, ou de ajuntamento illicito.

Conta-se o *parentêsco* por *linhas*, e *grdos*. *Linha* e a série de pessôas provindas do mesmo *tronco*, isto é, do mesmo progenitôr. *Linha recta* é a contada dos procreadôres directa e seguidamente para os procreados. *Linha collateral*, ou *transversal*, é a contada para os lados ; e esta é *igual*, se os *collateraes* distão do *tronco* no mesmo numero de *grdos ; ou desigual*, se as distancias são differentes. A *linha recta* é de *descendencia*, quando se-desce para os gerados ; de *ascendencia*, quando sobe-se para os geradôres. *Grdo* é a distancia de uma geração á outra.

§ 1.° Aos descendentes (2) ;

Da *cognação* em sentido stricto como parentêsco entre descendentes consanguineos pela banda materna, vem os *cognatos,—cognados*. Da *agnação* (parentêsco entre descendentes consanguineos pela banda paterna) vem os *agnatos,—agnados*.

Schemas de parentêsco segundo Direito Civil achão-se, nas Recitações de Hein. *de nupt.* §§ 152 á 162, e em Coelh. da Roch. Dir. Civ. §§ 63 e 65.

A—*succussão do Imperio*—rege-se privativamente pela Const. Arts. 116 á 120. Vid. Not. ao Art. 976 § 1° *infra*.

— *Succussão dos Bens da Corôa*,—isto é, dos doados pelos Soberanos aos Vassallos em remuneração de serviços, não temos no Brazil depois da nova ordem politica. Regulava-se principalmente pela Ord. L. ~~2° T. 35, onde se acha~~ a Lei denominada—*mental*—; provando historicamente que as circumstancias do tempo podem obrigar á governar-se por leis não promulgadas, e guardadas *in mente*.

—*Succussão dos Vinculos, Morgados, Capellas*—, tambem não temos no Brazil depois da Lei de 6 de Outubro de 1835. Vid. Art. 73 e Not. *supra*.

« Manifesta-se *um tanto fóra de proposito* (Rebouças Observ. pags. 126 e 127) este neologismo—*d intestado*—, em logar de *ab intestato* ou *ab intestado*, etc. »

Podéra dizêr *fóra do costume* um escravo do costume, mas não *fóra de proposito*. Em seu estado actual as linguas neo-latinas serião outros tantos despropositos, porque seus vocabulos achão-se quasi todos deslatinisados. Se na expressão—*ab intestato*—, como reconhece o Diccion. de Moraes, ha duas palavras latinas adoptadas no Fôro; se, dizendo—*ab intestato*— a Ord. L. 4° T. 88 § 14, a do T. 65 § 1°, e com elles o Diccion. Jur. de Per. e Souz., *um tanto menos fóra de proposito*, aportuguezarão a segunda dessas palavras latinas; não se-me-negue a liberdade de aportuguezar tambem a primeira, e sem tirar-lhe a qualidade latina. E demais, *ab* em portuguêz tem a privativa significação, que vê-se no Diccion. Encycloped. de Lacerda. Sempre em luta o costume com a perfeição!

(2) Ord. L. 4° T. 96 princ.

3.ª ED.

Cit. Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 1°— A taxa sobre a transmissão por *titulo successivo* (aliás *successorio*) será cobrada no Municipio da Côrte: Em *linha recta* (á que pertence a dos *descendentes*), na razão do actual sello proporcional. Vid. Tabel. Ann. dos cits. Reguls. de 1869 e 1874, e a Not. ao Art. 1006 *infra*.

§ 2.° Na falta de descendentes, aos ascendentes (3) :

§ 3.° Na falta de uns e outros, aos collateraes até o decimo grão por Direito Civil (4) :

---

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 96 princ.

3.ª ED.

Cit. Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 na parte transcripta ao paragrapho antecedente, pois que na *linha recta* tambem entra a dos *ascendentes*. Vid. Tab. Ann. dos cits. Regulamentos de 1869 e 1874, e a Not. ao Art. 1006 *infra*.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 96 princ. e T. 94, Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 sobre o 1° quesito, e Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2°.

Por Direito Civil—, isto é, por Direito Romano, porquanto na linha collateral, ou transversal, a computação dos grãos de parentesco diverge da do Direito Canonico. Por Direito Romano contão-se todos os grãos (gerações), subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra linha; entretanto que por Direito Canonico contão-se os grãos só por um dos lados, se elles são iguaes; e pelo lado maior, se elles são desiguaes. Ora, se por Direito Civil contão-se os grãos de ambos os lados, já se-vê que não ha 1° grão. Assim:

Meu irmão é meu collateral em 2° grão :

Meu 1° sobrinho (filho de meu irmão) é meu collateral em 3° grão :

Meu tio tambem é meu collateral em 3° grão :

Meu 2° sobrinho é meu collateral em 4° grão :

Meu 1° primo, (filho de meu tio), tambem é meu collateral em 4° grão:

E assim por diante até o 10° grão :

Logo, são meus collateraes em 10° grão, meu 8° sobrinho e meu 7° primo.

3.ª ED.

Cit. Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1 n. 1°— A taxa será cobrada no Municipio da Côrte:

§ 4.° Na falta de todos, ao conjuge sobrevivente (5) :

§ 5.° Ao Estado em ultimo logar (6).

A' irmãos, tios irmãos dos pais, e sobrinhos filhos de irmãos, 5 %:

A' primos filhos dos tios irmãos dos pais, tios irmãos dos avós, e sobrinhos netos de irmãos, 10 %:

Entre os demais parentes até o decimo gráo contado por Direito Civil, 15 %. Vid. Tab. Ann. dos cits. Reguls. de 1869 e 1874.

(5) Ord. L. 4° T. 94. Escapou no Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2° mencionar a successão dos conjuges, o que não importa, uma vez que elle refere-se ao disposto nas Leis vigentes.

3.ª ED.

Cit. Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1° n. 1°— A taxa será cobrada no Municipio da Côrte : Entre os conjuges *ab intestato*, 15 %. Vid. Tab. Ann. dos cits. Reguls. de 1869 e 1874.

(6) Ord. L. 1° T 90 § 1°, L. 4° T. 94 *a contrario sensu*, e Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2°. Succede a Fazenda Nacional, depois que os bens das heranças são julgados *vagos*, ou *vacantes*, em conformidade do Art. 33 do cit. Regul., e Art. 1259 Consolid. Antes porém de se-havêr por vaga, a herança é jacente, tendo logar todo o procedimento do Cap. 8° deste Tit. Não ha pois herança vaga, sem que primeiro fosse jacente ; mas a herança póde ser jacente, e não chegar á ser vaga, por têrem apparecido herdeiros habilitados. Todas as providencias sobre arrecadação e inventario dos bens das heranças jacentes, e habilitação dos herdeiros que apparecem (cujo direito sempre se-respeita), tem somente por motivo o interesse eventual da Fazenda Nacional, que é sempre herdeira em falta das pessoas pela lei contempladas. É erro pensar, que taes providencias á bem da Fazenda Nacional tem por motivo a cobrança dos impostos da decima, e dos sellos. Em muitos casos cobrão-se esses impostos, sem que necessario seja arrecadar as heranças.

« Faltou contemplar (Rebouças Observ. á este Art.) depois dos conjuges, e antes do Estado, os Regulares secularisados conforme a Lei de 19 de Novembro de 1821, adoptada pela de 20 de Outubro de 1823. »

Art. 960. Na ordem dos herdeiros descendentes succedem:

§ 1.° Os filhos legitimos, e os illegitimos successiveis (7) :

Achão-se contemplados no Art. 982 § 2° *infra*, com o apoio das Leis citadas.

3.ª ED.

Vid. Not. ao cit. Art. 982 § 2° *infra*.

Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850— Os bens deixados pelos *escravos do Fisco*, que fallecem, pertencem á Nação, como senhora dos mesmos, e não á seus parentes ; porquanto a Lei, que entre nós regula a successão dos bens, não tem applicação aos *escravos*; visto que elles são inhabeis para adquirir (argumento da Ord. L. 4° T. 92 princ.), e não podem testar (Ord. L. 4° T. 81 § 4°).

Este Av., quanto aos *escravos do Fisco*, hoje libertados pela Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 1°, e pelo Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 75 n. 1°, perdeu sua razão de sêr. Quanto aos escravos em geral, está modificado por essa mesma Lei Art. 4° § 1°, e por esse mesmo Regul. Art. 59, cujas disposições transcrevi na Not. 1 deste Art. 959. Vigora, porém, este Av. nas suas ultimas palavras sobre a incapacidade testamentaria activa dos escravos. Vid. Nots. aos Arts. 982 § 1°, e 983 § 5° *infra*.

Sobre a *successão hereditaria do Estado (successão do Fisco e Corôa* no Trat. de Testam. de Gouv. Pint. Cap. 42 § 9°) attenda-se ás Notas dos Arts. 978, e 1259 *infra*. A origem dos—*direitos reaes,—jura in re,—jura in re aliena*, ahi a-tendes na Ord. L. 2° T. 26—*Dos Direitos Reaes*—, com o seu estribilho—*Direito Real é*—. E a origem unitaria dos—*direitos reaes*—acha-se no—*rei*—, com os seus *Bens da Corôa* (Art. 52 § 3° *supra*),—usufructo successivel indeterminadamente, fideicommisso reduzido á uso e gôzo,—direito reduzido á obrigação,—pessôa reduzida á cousa,—liberdade trocada por escravidão !

(7) Ord. L. 4° T. 96 princ.

Vid. Art. 6° do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, que fêz extensiva a disposição do Art. 5° sobre filhos illegitimos ao caso, em que se-duvidar da legitimidade do casamento pelo que respeita aos filhos legitimos.

Os filhos legitimos com direito igual succedem á seu pai, ainda que este os-tivesse de diversas mãis ; e á sua mãi, ainda

§ 2.° Na falta de filhos, os netos, ou outros descendentes (8).

---

que esta os-tivesse de diversos pais — Cit. Ord. L. 4° T. 96 princ., quandó diz « *quer sejão filhos d'entre ambos, quer da parte do que se-finou, se fôrem legitimos*—. »

Procede o mesmo quanto aos filhos illegitimos successiveis, por outra, quanto aos filhos naturaes reconhecidos nos termos do Art. 212—. Cit. Ord. quando ás palavras, que ficão transcriptas, accrescenta — « *ou taes que por nossas Ordenações, ou Direito, devão herdar seus bens*— »

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 96 princ., e T. 82 § 4°. A nossa praxe é invariavel, deferindo aos filhos a successão—*per capita*—, e aos netos e mais descendentes a successão—*per stirpes*;—ou estes concorrão sós, ou com tios vivos; mas a legislação patria é omissa neste ponto, vendo-se unicamente na Ord. L. 4° T. 91 § 2° a hypothese da concurrencia do neto na successão do tio môrto com o tio vivo, e dando-se assim idéa do—*direito de representação*—; mas negando-se esse direito, quando só concorrem netos. Vid. Not. ao Art. 967 § 2°, que concilia esta difficuldade.

O que fica dito na Not. do Art. antecedente sobre a igualdade do direito de successão dos filhos, sem distincção de leitos, procede á respeito dos netos, ou outros descendentes.

Na successão dos descendentes tambem não ha distincção de gráos, porque succedem em qualquer gráo, concorrendo em virtude do direito de representação; e *in infinitum* os de gráo mais remoto, com os de gráo mais proximo — Cit. Ord. L 4° T. 96 princ., quando diz simplesmente « *e não havendo filhos, dará partição aos netos, ou outros descendentes do defunto.* » —Novel. 118 Cap. 1°, nas palavras — *cujuslibet gradus,— in hoc enim ordine gradum quæri nolumus*—.

Que os netos, e mais descendentes, succedem *per stirpes* — Novel. cit. Cap. 1°, quando diz— « *tantam de hereditate morientes accipientes partem, quanticumque sint, quantam eorunt parens, si viveret, habuisset*—. Veja-se igualmente Instit. *de heredit. quæ ab intest.* §§ 6° e 16.

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 5° § Un. —Considerão-se estranhos, para os effeitos deste Regul., os *adoptivos* (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 3° § 2°.)

Art. 961. Os filhos illegitimos admittidos á successão paterna são unicamente os naturaes, de que trata o Art. 208, reconhecidos por escriptura publica em conformidade do Art. 212 (9).

---

(9) Ord. L. 4° T. 92 princ., e Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 Arts. 1° e 3°. Este Decr. legislou somente ácerca de filhos naturaes—*in specie*—em referencia á Ord. L. 4° T. 92, que delles trata; e somente a-derogou por igualar os direitos hereditarios de todos os filhos naturaes, sem differença de sêrem os pais nobres ou plebêos. Vid. Not. 2 ao Art. 21. Está firmada a verdadeira intelligencia do Decr. na Decis. n. 180 de 13 de Julho de 1849. A prova da filiação por escriptura publica diz só respeito á successão *ab intestato*. Quando a filiação consta de testamento, é caso de successão testamentaria.

Dizendo o Art. 960 § 1°, que na ordem dos herdeiros descendentes succedem os filhos legitimos, e os illegitimos successiveis; e o § 2° que, na falta de filhos, succedem os netos, ou outros descendentes; está claro, que comprehende tambem os netos illegitimos successiveis.

Quaes são os netos illegitimos successiveis? Temos os seguintes casos:

1.° Neto, que é filho legitimo, sendo seu pai filho natural reconhecido nos termos da Lei de 2 de Setembro de 1847:

2.° Neto, que é filho natural reconhecido nos termos da citada Lei, sendo seu pai filho legitimo:

3.° Neto, que é filho natural reconhecido nos termos da citada Lei, sendo seu pai tambem filho natural assim reconhecido.

Em todos estes casos, os netos illegitimos podem succedêr á seu avô.

Em qualquer destes casos, os netos illegitimos não podem succeder á seu avô, se, sendo filhos naturaes, ou sendo seu pai filho natural, faltar o reconhecimento paterno nos termos da citada Lei. Vid. Perdigão Comment. á cit. Lei Quest. 17.

Está claro, que nada aproveita o reconhecimento do avô. É de intuição, que o reconhecimento da filiação paterna só póde partir do pai. Vid. Perdigão loc. cit.

É successivel ao pai nobre o filho natural havido antes da Lei? Sim, se o pai falleceu depois da promulgação da Lei, e reconheceu o filho em conformidade della. Não, se o

Art. 962. Concorrendo filhos naturaes com filhos legitimos, o reconhecimento do pai feito por escriptura publica antes do seu casamento é indispensavel para que os naturaes possão têr parte na herança paterna (10).

---

pai falleceu antes da promulgação da Lei, ou falleceu depois, sem reeconhecêr o filho em conformidade della.— Perdigão Comment. á cit. Lei Quest. 27 e Cap. 4°.

O filho natural de peão havido antes da Lei está sujeito ás fórmas de reconhecimento paterno, que ella exige? Sim, se o pai falleceu depois da promulgação da Lei. Não, se o pai falleceu antes da promulgação da Lei.—Perdigão cit. Comment. loc. cit. Vid. Not. ao Art. 208 *supra* sobre o filho natural havido da escrava propria, e alheia.

(10) Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 Art. 2°. Pela legislação anteriôr nada se-distinguia, os filhos naturaes do plebêo sempre concorrião com os legitimos—Ord. L. 4° T. 92 princ. *ibi*—*e virdõ á sua herança igualmente com os filhos legitimos*—. Os filhos legitimados por subsequente matrimonio é claro, que não estão comprehendidos no Art. 2° do Decr. Vid. Not. ao Art. 215. Para a hypothese deste Art. 2° bem se-vê nunca serve a prova do testamento, só applicavel segundo o Art. 3°—*nos outros casos*—. Se a prova deve ser feita antes do casamento do pai, o reconhecimento em testamnto não aproveita, porquanto a prova delle só existe depois do fallecimento. A menos que o interprete se-constitua legisladôr, não ha outra qualidade de prova, que possa substituir a da escriptura publica, nem se-admittem argumentos de analogia, ou paridade. Deste Art. 2° do Decr. collige-se mais, que suas disposições em caso nenhum podem sêr applicadas com effeito retroactivo, embora o pai dos filhos naturaes morrêsse depois da data da Lei nova. Como poderia o pai satisfazer o preceito da Lei nova, se antes della já tivesse filhos naturaes, e filhos legitimos?

« Esta Nota, aliás luminosissima (Rebouças Observ.), seria completa, se considerasse, que os filhos naturaes, cuja mãi já estivesse casada com o pai delles ao tempo da promulgação da Lei de 2 de Setembro de 1847, devião estar sendo legitimos por effeito do casamento, mesmo ulteriôr ao seu nascimento, conforme a Ord. L. 2° T. 35 § 12, e não carecião jámais de outro algum paterno reconhecimento; ao contrario daquelles, cujas mãis se-cazassem depois de promulgada a citada Lei,

por serem esses os que sem reconhecimento prévio á celebração do matrimonio não podem concorrêr com os legitimos supervenientes, ou havidos na constancia desse matrimonio. »

Parece, que não fomos entendidos. Se havemos dito na Not. ácima da 1.ª Edição, que os filhos legitimados por subsequente matrimonio não estão comprehendidos no Art. 2° da Lei de 2 de Setembro de 1847, e isto quanto á legitimações occurrentes depois da citada Lei; não póde havêr duvida sobre taes legitimações, já verificadas antes da citada Lei.

O que vêmos é, quanto á legitimações posteriôres á citada Lei, que a censura afasta-se do nosso modo de entendêr. Sua solução é, que a Lei de 2 de Setembro de 1847 não aproveita á legitimação por subsequente matrimonio, se este realisou-se depois de sua promulgação, e não houve reconhecimento anteriôr, como se este caso estivesse comprehendido no Art. 2°. Para nós a citada Lei é estranha á legitimação por subsequente matrimonio, e pensa do mesmo modo Perdigão em seu Commentario Quest. 22.

Decidida esta questão, temos outras do mesmo Commentario. Procede o Art. 2° da Lei de 2 de Setembro de 1847, quando os filhos naturaes concorrêrem com os filhos legitimados por subsequente matrimonio? O cit. Commentario decide pela negativa, e nós pela affirmativa, porquanto o filho legitimado por subsequente matrimonio reputa-se perfeitamente legitimo para todos os effeitos legaes.

O filho natural havido durante a viuvêz concorre na herança paterna com os legitimos preexistentes? O cit. Commentario Quest. 19 decide pela affirmativa, e nós pela negativa, e assim temos constantemente opinado. Se o Art. 2° da Lei nega aos filhos naturaes não reconhecidos antes do casamento de seu pai o direito de concorrêr em a herança com os filhos legitimos, segue-se não lhes-aporveitar para tal effeito o reconhecimento posteriôr ao casamento, quer na constancia deste, quer depois da sua dissolução pelo fallecimento da molhér. Ora, se o reconhecimento posteriôr ao casamento não aproveita para tal effeito, nem aos filhos nuturaes preexistentes, por maioria de razão não pode aproveitar aos filhos naturaes do tempo da viuvêz. A legislação não tem razão para protegêr filhos naturaes em prejuizo dos filhos legitimos. Não ha paridade entre um reconhecimento de filhos naturaes, não havendo filhos legitimos (reconhecimento facultado pelo Art. 2° de Lei), e o que se-faz havendo já filhos legitimos. Se é livre ao pai legitimar seus filhos naturaes do tempo da

viuvêz, casando com a mãi desses filhos; tambem é possivel o casamento com a mãi dos filhos naturaes havidos antes de um primeiro casamento, depois da dissolução deste, e não obstante terem ficado filhos legitimos.

Procede o Art. 2º da cit. Lei, quando concorrêrem com os filhos legitimos os naturaes, que o pai teve antes do seu casamento, e antes da promulgação da Lei, e que reconheceu depois? O cit. Comment. Quest. 20 decide pela negativa, e nós igualmente, pela impossibilidade de um reconhecimento antes do casamento.

Quid, tendo o pai casado depois da promulgação da Lei, se não houvérão filhos legitimos, ou se os filhos legitimos fallecêrão sem descendentes, ou com descendentes não successiveis, antes do pai? Resolvo, com o cit. Comment. Quest. 21, que nesta hypothese os filhos naturaes havidos antes do casamento succedem ao pai.

Procede o Art. 2º da Lei, quando o casamento fôr putativo? Sem duvida—cit. Comment. Quest. 23. Os filhos concebidos durante o casamento putativo são considerados legitimos para todos os effeitos legaes. O mesmo dá-se quanto aos filhos concebidos antes do casamento putativo de seu pai e mãi, e nascidos posteriôrmente; visto que ficão legitimados nos mesmos casos, em que o subsequente casamento valido produz este effeito.

O filho natural de nobre, havido antes ou depois da Lei, póde concorrêr com os legitimos havidos antes ou depois da Lei? Sim, se o pai falleceu depois da promulgação da Lei, e reconheceu o filho em conformidade do 2º Art. della. Não, se o pai falleceu antes da promulgação da Lei, ou se falleceu depois, sem reconhecêr o filho em conformidade do 2º Art. della—Perdigão cit. Comment. Quest. 27, e Cap. 4º.

3.ª ED.

Nada mais temos que respondêr á insistencia do Sr. Rebouças em suas novas observações pag. 127 e 128 sobre este Art. 962, por ser cabal resposta o additamento das Notas aos Arts. 215 e 216 sobre a legitimação por subsequente matrimonio.

Art. 963. Quanto á herança materna, os filhos naturaes são admittidos á successão, mostrando-se habilitados pela certidão de baptismo, sem dependêrem de escriptura de reconhecimento (11). (Arts. 213 e 214)

Art. 964. A escriptura publica do reconhecimento paterno não é só por si bastante para os filhos naturaes havêrem a herança. Elles devem competentemente habilitar-se, provando a qualidade de simplesmente naturaes nos termos do Art. 208 (12).

---

(11) Prov. n. 29 de 23 de Fevereiro de 1848, e Av. n. 279 de 17 de Dezembro de 1853.

Como a Lei de 2 de Setembro de 1847 só trata da filiação paterna (Vid. Not. ao Art. 213), é forçôso concedêr, que pelo nosso actual Direito os filhos naturaes, tenhão, ou não, sido reconhecidos por sua mãi, succedem á esta; ou sós, ou concorrendo com filhos legitimos; ou nascêssem antes do casamento de sua mãi, ou ao tempo de sua viuvêz. É uma concessão, que repugna!

3.ª ED.

« Não se-póde dizêr *uma concessão* (Rebouças Observ. pag. 129) o que justamente importa o reconhecimento de um direito, e menos *uma concessão que repugna* herdar o filho natural á sua mãi, etc. »

Na observação ao Art. 959 negou-se-me a liberdade de aportuguezar uma preposição latina, e agora nega-se-me a liberdade de pensar! Uma censura razoavel não enfraquece o imperio da lei, quanto mais que a minha repugnancia refere-se á concurrencia de filhos naturaes com legitimos na herança materna, e não ao modo possivel de provar a maternidade. Se ha legitimidade para filhos, a coherencia ao menos impõe distincção no saliente effeito da successão hereditaria.

(12) Ord. n. 180 de 13 de Julho de 1849. Esta decisão é acertada, é uma consequencia dos principios da bôa, ou má, legislação, que nos rege, nos termos do Art. 691. A successão á intestado é vedada aos filhos de coito damnado, e portanto nada lhes-aproveita o reconhecimento paterno em escriptura publica. Os interessados, quando a herança não é

arrecadada, podem respeitar a escriptura do reconhecimento dos filhos naturaes, e não exigir habilitação alguma, porém não é assim em relação á Fazenda Publica. Estando a herança arrecadada, o filho natural não entra na posse della sem habilitação formal pelo Juizo da arrecadação. Não tendo havido arrecadação, ha uma habilitação no Juizo dos Feitos da Fazenda, que tem por fim isentar do pagamento da decima. Esta é a pratica, e pratica fundada na Resol. de 2 de Julho de 1819, confirmada pela Ordem de 19 de Dezembro de 1839, e ultimamente pela supracitada de 13 de Julho de 1849. É muito duro, que o reconhecimento paterno não aproveite em todos os casos, quando nos termos do Decr. de 11 de Agosto de 1831 podem sêr reconhecidos em testamento os filho illegitimos de qualquer especie. Não estão admittidas as adopções? Pois os estranhos devem ser mais favorecidos que os proprios filhos, embora de coito illicito? Ninguem se-oppõe ás adopções sob pretêxto de importarem pactos successorios.

« Parece-nos (Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Nota. 164), que ha subtileza, e inexactidão, na argumentação, que empregou a Ord. de 13 de Julho de 1849, porquanto:

« 1.° Pela Lei de 2 de Setembro a escriptura publica, e o testamento, são titulos legitimos, e sem distincção alguma, para habilitação do filho natural, e consequente sucessão:

« 2.° Tambem no testamento póde o pai declarar natural o filho, sem que o-seja:

« 3.° Se os outros filhos illegitimos podem recebêr por testamento, todavia não são isentos do imposto segundo o Alv. de 17 de Junho de 1809, e Decr. n. 1343 de 8 de Março de 1854. »

« Este Art (Rebouças Observ. ao Art. 964 *supra*) parece inconciliavel com a razão á vista da Ord. L. 4° T. 92, e da Resol. de 2 de Setembro de 1847.

« E na verdade, se o reconhecimento por escriptura publica prova indubitavelmente a paternidade, apezar de ser sua certeza real um arcano á si reservado pela natureza, como deixar em duvida, se o proprio filho assim reconhecido fôra havido de molhér, com quem o pai, que por tal se-reconhece, declara ao mesmo tempo, que se-poderia livremente casar querendo, por não havêr entre elle e ella impedimento algum, e portanto o Tabellião porta por fé assim o têr dito o outorgante?

« E demais, dando-se logar á quaesquer provas, ou pesquizas *aliunde*, da certeza de ser natural a asserta filiação, não se-franquearia a reproducção da mesma immoralidade, que o legisladôr teve tanto em vista coarctar, e reprimir de uma vêz para sempre, não admittindo outra prova de paternidade natural senão essa mesma por escriptura publica ou por testamento?

« Se a declaração do pai na escriptura publica do reconhecimento de ser seu filho natural, por tê-lo havido de molhér solteira, e com quem se-poderia casar querendo, não bastasse para efficazmente se-lhe-franquear a successão hereditaria effectivamente adquirida conforme a Ord. L. 4° Tits. 92 e 96, e a Lei de 9 de Novembro de 1754, poder-se-hia dizêr, que fosse bastante a declaração de não ter impedimento algum, de que necessitasse pedir dispensa para casar-se quem fosse impetrar da Secretaria Ecclesiastica somente a dos proclamas, para se-lhe-celebrar o casamento fóra da propria igreja parochial, ou em oratorio e casa particular?

« Quem tivér interesse na successão hereditaria *ab instestato*, excluindo ao filho reconhecido natural em escriptura publica pelo pai, que denuncie a supposta spuriedade reivindicar-lhe a herança; e então prove, que elle é filho adulterino, incestuoso, sacrilego, ou sujeito á qualquer outra especie de impedimento dirimente.

« Emquanto porém isso se não tenha dado, e julgado, a escriptura publica do reconhecimento paterno deve ser tida por tão efficaz para o fim da Resol. de 2 de Setembro de 1847, como a certidão do assento do matrimonio com a do baptismo, declarando os pais para as successões legitimas; estando bem ao vêr, que as declarações de falta de impedimento para casar, sem dependencia de dispensa, e da filiação legitima, perante os funccionarios ecclesiasticos, podem sêr menos, nunca porém mais valiosas, do que as da filiação natural propriamente dita perante um Tabellião de Notas, e as competentes testemunhas instrumentaes.

« A Not. ainda aggrava mais o inadequado, e incompativel, do Art.

« D'onde o podêr, a autoridade, para que algum Juizo dos au entes possa arrecadar os bens da herança paterna de um filho natural, que della está na posse pelo justo e legitimo titulo de escriptura publica do seu reconhecimento *ex vi* da lei?

« Se não obstante se-procede pelo Juizo dos ausentes á espoliativa arrecadação, deve competir ao filho, herdeiro espoliado, oppôr-se-lhe por embargos de legitimo senhôr e possuidôr dos bens de sua herança paterna, fundado no dominio e na posse plenamente adquirida conforme o Alv. de 9 de Novembro de 1754, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

« E o Juizo dos Feitos da Fazenda, julgando filiações naturaes, e pelas provas negativas de não ter sido gerado o filho de adulterio, incesto, copula sacrilega, nem outra alguma damnada causa de spuriedade.

« E é por causa de um impôsto apenas possivel, e que só póde ser uma deducção da herança legalmente á elle sujeita, que se quer constrangêr á um processo anomalo, e absurdo, uma successão, que é expressamente livre do mesmo impôsto pela propria lei, que o-creou!

« E necessario dar-se um grande fundo de immoralidade para em contravenção á todo o direito suppôr-se, que em geral os filhos não havidos de casados são de coito adulterino, incestuoso, ou sacrilego, e que assim os pais nas escripturas publicas de reconhecimento os-tem fallazmente dito havidos de molhér, com quem poderião casar livremente, e continuando á vivêr sujeitos á ser arguidos e convencidos de falsidade; e ao contrario nos testamentos commummente cerrados, e cujo conteúdo somente póde ser sabido, quando jámais podem ser arguidos e condemnados judicialmente, os testadôres dizem sempre com a maior ingenuidade, e certeza, que os filhos testamentariamente reconhecidos são naturaes propriamente ditos!

« Os argumentos de paridade finalmente adduzidos na Not. á respeito da Resol. de 11 de Agosto de 1831, e das adopções, não deixão de ser um tanto infelizes. Os que estão no caso dessa Resol. ficão necessariamente sujeitos ao imposto do sello hereditario, porque herdão na indispensavel dependencia do testamento, que os-tenha declarado e instituido na razão de spurios. Os adoptados ou adoptivos carecem de confirmação conforme a Lei de 22 de Setembro de 1828, e correm, quando menos, a sorte dos legitimados por via de rescripto com sujeição á um impôsto dêsde logo.

« Todas as disposições anteriôres á Resol. de 2 de Setembro de 1847 serião bem cabidas, emquanto o filho natural dependia de toda a prova de que o-fôsse, conforme a Ord. L. 4º T. 92 pr., para lhe-sêr julgada a herança paterna; jámais depois que a escriptura publica, e o testamento, ficárão

sendo prova plena, e concludente, da successão hereditaria neste caso. »

Abundamos (com uma ou outra reresva) em todas estas considerações, porque em nosso entendêr, e de accôrdo com a doutrina dos Escriptôres Francêzes, até se-deve prohibir, quando o reconhecimento do filho natural fôr feito só pelo pai, que se-declare o nome da molhér. de quem elle o-teve, á menos que esta não o-tenha já reconhecido; devendo-se reputar essas declarações, como não escriptas, nas escripturas de reconhecimento paterno. Se assim penso, como poderia approvar a determinação da Ord. de 13 de Julho de 1849, que manda abrir discussão em Juizo sobre a verdade da qualificação dos filhos propriamente naturaes, o que não é mais do que exigir a prova de quem é sua mãi, ou de que esta não tinha impedimento para casar?

Se os argumentos de paridade do final da Not. da 1.ª Edição forão um tanto infelizes, a culpa não é nossa, é de quem não procura entendêl-os. O deduzido do Decr. de 11 de Agosto de 1831 sobre o reconhecimento em testamento dos filhos illegitimos de qualquer especie é tão obvio, que não foi dispensado pelo illustrado autôr do Commentario da Lei de 2 de Setembro de 1847 na observação, que ácima havemos transcripto. Não tivemos em vista o sello hereditario, ou a taxa de heranças, quando consolidamos o nosso Art. 964, nem quando fallámos do reconhecimento testamentario dos filhos illegitimos de qualquer especie, e das adopções. Se tal fosse nosso ponto de vista, pouco nos-importaria a Ord. de 13 de Julho de 1849. Não fôra tão sensivel, que os filhos naturaes reconhecidos em escriptura publica fossem obrigados á pagar o impôsto, uma vêz que não se-os-privasse da successão. Por certo o motivo dessa Ord. de 1849 foi o impôsto, mas o caso é que em virtude della, não provando o filho reconhecido a sua qualidade de simplesmente natural, fica privado de succedêr, fica em peior condição do que os filhos de coito damnado, e isto só pela razão de ter sido reconhecido em escriptura publica, e não em testamento. Vid. Not. ao Art. 1007.

No ponto de vista da arrecadação da herança rege actualmente o Art. 5º do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, que dispõe: « Se os herdeiros fôrem filhos illegitimos, e houvér fundamento para contestar a qualidade hereditaria, tambem terá logar a arrecadação judicial, que cessará sem deducção de porcetagem, se elles justificarem seu direito certo e indubitavel á herança; proseguindo-se nos ulteriôres ter-

Art. 965. Na ordem dos herdeiros ascendentes succedem, com exclusão dos irmãos do intestado, o pai, e a mãi; ou qualquer delles, que vivo fôr (13); e, na falta, os ascendentes

---

mos della, para serem os bens entregues á quem de direito pertencêrem, se não fôr concludente a justificação. »

No ponto de vista da taxa de heranças, rege actualmente o Art. 3° § 1° do Regul. n 2708 de 15 de Dezembro de 1860, que diz:

« Os filhos naturaes reconhecidos por escriptura publica ou testamento nos termos da Lei de 2 de Setembro de 1847 pagarão a taxa, que fôr devida, quando em Juizo fôr contestada a sua qualidade, salvo o direito de restituição, provando seu direito, e a qualidade de herdeiros forçados (Ord. L. 4° T. 93, e Lei de 11 de Agosto de 1831). »

3.ª ED.

« Mas a cit. Ord. n. 180 de 13 de Julho de 1849 (observação dos Apont. Jur. de Motta pag. 213) foi alterada pela de n. 125 de 24 de Maio de 1859. »

Essa Ordem, embora reconhecendo as bôas razões produzidas contra a de 1849, apenas antecipou a disposição á cima transcripta do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 5°.

No ponto de vista da taxa de heranças, hoje incluida no impôsto de transmissão de propriedade, vigora actualmente o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 4°, que dispõe:— Dos filhos naturaes reconhecidos por *escriptura publica* ou *testamento*, sendo-lhes judicialmente contestada a qualidade de herdeiros forçados, cobrar-se-ha a taxa, á que são sujeitos os *estranhos*, salvo o direito de restituição, quando o reconhecimento fôr confirmado por sentença, que se-tornar irrevogavel (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 3° § 1°).

(13) Ord. L. 4° T. 91 princ.

Se o pai e a mãi estiverem divorciados com separação de bens, cada um delles succede em metade da herança.

3.ª ED.

Se o casamento foi annullado, os filhos ficão illegitimos, e segue-se a regra da Not. subsequente sobre a reciprocidade da successão entre elles, e seus ascendentes.

mais chegados em grão, excluindo o mais proximo ao mais remoto (14).

Art. 966. No caso porém de passar o pai, ou a mãi, á segundas nupcias, existindo filhos do primeiro matrimonio, terão somente em sua vida o uso e fructo dos bens, em que viérem á succedêr, ou já houverem succedido, por fallecimento de qualquer dos ditos filhos (15).

---

(14) Ord. L. 4° T. 96 princ.

Se no mesmo grão concorrem ascendentes da linha paterna e materna, a herança divide-se em duas partes iguaes, uma para cada linha, ou existão todos os avós, ou tenha fallecido algum delles—Novel. 118 Cap. 2°, quando diz « —*Si autem eumdem habeant gradum ex æquo inter eos hereditas dividatur; ut medietatem quid accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint; medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit*— »

Quanto aos filhos naturaes, e seus descendentes; por outra, quanto aos descendentes illegitimos successiveis, seus ascendentes lhes-succedem nos mesmos casos, em que elles lhes-succederião, porque o direito de successão é reciproco—Lob. Not. á Mell. Liv. 3° T. 8° § 15 n. 19.

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 971 *infra*.

(15) Ord. L. 4° T. 91 §§ 2° e 4°. Se o pai ou a mãi succedem ao filho antes de contrahirem segundas nupcias, a successão é livre, os bens não tem o menor encargo, e podem sêr alienados emquanto o segundo casamento não se-realisar.

Vai alterado o texto da 1.ª Edição, em que se dizia—*terão somente o usufructo vitalicio*—, dizendo-se agora—*terão sómente em sua vida o uso e fructo*—. A palavra -*usufructo*— indica em Direito uma desmembração de dominio, e póde-se ter o uso e fructo sem essa desmembração; como acontece na locação, que só dá ao locatario um *direito pessoal*; e no fideicommisso, que dá ao fiduciario ou gravado um *direito real*. Por muito tempo estive em erro na intelligencia da Ord. L. 4° T. 91 § 2°. Esta Ord. não dá ao conjuge binubo com filhos do primeiro matrimonio um *direito de usufructo* (na accepção

juridica da palavra), dá uma propriedade fiduciaria. Se désse um *direito de usufructo*, desmembrado assim o dominio dos bens herdados, a núa propriedade de taes bens transmittia-se dêsde logo aos filhos do primeiro matrimonio irmãos do fallecido, e consequentemente á seus herdeiros; entretanto que a cit. Ord. § 1° diz, que, se ao tempo do fallecimento da mãi binuba não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio, posto que fiquem netos, filhos de algum dos ditos filhos, não haja logar a disposição da Lei; isto é, que os bens não passem aos netos como sua propriedade exclusiva, sim aos herdeiros da mãi; que podem ser esses netos, e os descendentes do segundo matrimonio. Segue-se, pois, que o caso não é de usufructo. Na alteração, que tenho feito, não sou auxiliado pela Compilação Philipina, porque nella usa-se indifferentemente das palavras—*usufructo*—, e—*uso e fructo*—, como se-póde vêr na Ord. L 4° T. 98. Terá logar a disposição desta Lei, quando não houve primeiro matrimonio, tendo porém a mãi, ou o pai, filhos naturaes successiveis? Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 17 § 157 n. 13 resolve pela affirmativa. Eu resolvo pela negativa. Vid. Not. ao Art. 161.

3.ª ED.

Em auxilio da minha solução negativa contra a de Borg. Carn., indicada no final da Nota *supra*, venha Rebouças Observ. á este Art. 966, e tanto mais com as opiniões adversas de respeitaveis Advogados, das quaes dá-se noticia na Miscel. de Rodrigues pag. 221.

Procede a disposição deste Art. 966 só quando os filhos do primeiro matrimonio morrem sem testamento. Na opposta hypothese diz a cit. Ord. L. 4° T. 91 § 2°—e se o filho, ou filha, que se-finou, de cuja successão se-trata, se finar com testamento, guardar-se-ha o Direito commum neste caso—; isto é, observe-se a lei geral da successão testamentaria, e não o pensamento deste caso excepcional. Tal pensamento, applicado á successão testamentaria, fôra prevalecêr o testamento para ser executado por morte do ascendente binubo, se o herdeiro instituido lhe-sobrevivêsse. A lei geral da successão testamentaria, que manda-se guardar, vem á ser a dos Art. 1008 e seguintes sobre o pai e mãi como herdeiros necessarios, ou forçados, que os filhos devem instituir, ou desherdar, com inauferivel direito á duas partes da herança. Confere sobre isto o Cod. Orphan. de Suzano pag. 39, como sobre os mais pontos da Ord. L. 4° T. 91; mas com a exorbitancia da sua Not. 27, dizendo:—Excepto, se a mãi casou segunda vêz por consentimento expresso dos filhos—. Tal excepção não se-vê na cit. Ord., nem em outra lei; e o Repert. autorisa-se apenas com a lição de Juristas, sob pretêxto de penaes disposições em favôr dos filhos, que podem elles renunciar. Esse favôr foi uma consequencia. O caso não é de simples interesse pecuniario, é de manifestação odiosa contra reiterados casamentos com prole anteriôr. Apparece no Dig. Brazil. Vol. 3° pag. 151 Not. essa mesma exorbitancia, ou novo caso de licença para casamento, e com a precedencia de outra Not., onde se-entretem a seguinte antigualha:—Titulos de serviços publicos podem os pais, ou filhos, deixar á quem quizerem, sem entrar na conta das legitimas—. As recompensas por serviços ao Estado não são artigos de propriedade transmissivel, como se-póde vêr na Introducç. *supra* Not. 8.

Art. 967. Esta limitação do direito de successão dos ascendentes só procede:

§ 1.° A' respeito do pai, ou da mãi; e não dos avós, que segunda vêz casarem (16):

§ 2.° Existindo filho, ou filhos, do primeiro matrimonio, ou neto de outro filho já morto, que concórra com o tio vivo; e não, quando só existem netos (17):

(16) Ord. L. 4° T. 91 § 4°.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 91 § 2°.

— *E não quando só existem netos* —, ou isto aconteça logo ao tempo do fallecimento do filho do primeiro matrimonio, de quem herda o conjuge binubo; ou aconteça antes do fallecimento do conjuge binubo, ou ao tempo de seu fallecimento. A Ord. L. 4° T. 91 § 2° só falla desta ultima hypothese *ibi*:—*E se ao tempo do fallecimento de sua mãi não ficarem filhos vivos do primeiro matrimonio*, etc. Ora, esta hypothese suppõe as outras, e o conjuge binubo adquire incommutavelmente a propriedade dos bens herdados, uma vêz que só existão netos. Se não tem logar o dispôsto nesta Ord. quando só existem netos, não será isto negar o *direito de representação* entre primos, á menos que concorrão com algum tio? Tal era a opinião de Azão, em contrario á de Accursio,

§ 3.° Tratando-se da successão do pai á respeito dos bens, que o filho fallecido adquirio por herança da mãi, ou dos avós maternos (18):

§ 4.° E tratando-se da successão da mãi, á respeito dos bens, que o filho fallecido adquirio por herança do pai, ou do avô paterno (19).

Art. 968. Os bens assim deferidos ao pai, e á mãi, não podem ser alienados e hypothecados, nem se-communicão no segundo matrimonio (20).

Art. 969. Transmittem-se esses bens por morte do pai, ou da mãi, aos filhos do primeiro matrimonio, com exclusão absoluta dos filhos do segundo matrimonio (21).

---

que aliás a Ord. L. 3° T. 64 § 1° manda seguir. Em verdade, a opinião de Accursio é hoje a corrente, é a que se-observa na praxe. Sempre se-dá o *direito de representação*, ainda que só concôrrão primos á successão do tio morto, sem havêr tio vivo. Como pois conciliar esta doutrina com o texto desta nossa Ord.? Dizem os Commentadôres, que ella não trata aqui da successão *ab intestato*; porém da acquisição de bens, que pertencem aos filhos do primeiro matrimonio por beneficio especial, e não *ex vi* do direito de successão. Supprimi porisso as palavras da Ord.—*na successão do tio morto*—, porque ellas embaração uma tal conciliação. Desta maneira o caso não vem á ser de *direito de representação*, como nas successões hereditarias. Se o-fosse, a mãi succederia ao filho; o neto, e o tio, seccederião á mãi; e não ao irmão, e ao tio fallecido.

(18) Ord. L. 4° T. 91 § 4°.
(19) Cit. Ord. L. 4° T. 91 § 2°.
(20) Cit. Ord. L. 4° T. 91 § 2°.
(21) Cit. Ord. L. 4° T. 91 § 2°.

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 7°—Os filhos de pai, ou mãi, que passar á segundas nupcias, e succedêrem em bens heraditarios de irmão predefuncto (Ord. L. 4° T. 91 § 2°), são sujeitos ao impôsto como irmãos.

Art. 970. Para garantia dos filhos do primeiro matrimonio a mãi deverá dar fiança aos bens da herança do filho fallecido, se taes bens fôrem immoveis, ou dinheiro. Mas o pai não será obrigado á prestar fiança alguma (22).

Art. 971. O pai, e a mãi, não succedem aos filhos de damnado e punivel coito, de que tratão os Arts. 209, 210, e 211 (23).

Se o Govêrno aceitar como genuino o Comment. do cit. Regul. de 1874 pelo Sr. Azev. Castro, deve attendêr á Not. 22 pag. 10 desse Comment., onde se-adoptão as rectificações da nossa Not. ao Art. 966 *supra*, reconhecendo-se não ser caso de usufructo, mas de fideicommisso, o da Ord. L. 4° T. 91 § 2°. Se é caso de fideicommisso, entra no Art. 6° do cit. Regul. de 1874, referente á Ord. n. 289 de 12 de Outubro de 1870, que está clamando por uma revisão. Vid. Not. ao Art. 1052 *infra*.

(22) Cit. Ord. L. 4° T. 91 §§ 3° e 4°.
Pela novissima Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 4° os filhos do primeiro matrimonio (só os menores) têm a garantia de hypotheca legal sobre os immoveis da mãi, ou do pai, que passa á segundas nupcias, tendo herdado bens de algum filho daquellas nupcias. Esta garantia não prejudica a da fiança.

3.ª ED.

São exactas as advertencias do Cod. Orphan. de Suzano pag. 40 Not. 28, se, quanto ás cousas consumiveis, cogitou elle, como é de crêr, da restituição de outro tanto da mesma especie e qualidade. Para taes effeitos pouco importa reputar usufructuario ao fiduciario ou gravado, porque são semelhantes as obrigações do primeiro para com o nú-proprietario, e as do segundo para com o fideicommissario.

(23) Ord. L. 4° T. 93. Como o direito de successão é reciproco, está claro, que os filhos de damnado coito não podem succedêr aos pais. Não é preciso invocar o direito reciproco da successão, ou a regra dos correlativos, quando vemos, que a Ord. L. 4° T. 92 só admittio os filhos naturaes—*ex soluto et ex soluta*—.

Art. 972. Na ordem dos collateraes, os irmãos illegitimos, e mais parentes por parte da mãi, succedem entre si, ainda que nascidos de illicito e damnado coito (24).

Diz a cit. Ord. L. 4° T. 93: « Quando algum filho de clerigo, ou de algum outro damnado ou punivel coito, etc. — Não são porém sacrilegos os filhos daquelle, que apenas tem *ordens menores*, e porisso succedem á seu pai, como vê-se no final do § 1° da Ord. L. 4° T. 92. Só as *ordens sacras* tem annexo o voto de castidade, que tacitamente faz quem as-recebe. Ainda que a Ord. L. 1° T. 91 § 8° equipare os clerigos de ordens sacras aos Beneficiados, isto é, aos clerigos de ordens menores, que tem beneficio; isto nada importa para os direitos de successão, visto que o voto de castidade não é annexo aos gráos menores do clericato. Reputem-se embora nobres os clerigos *in minoribus* que têm beneficio, seus filhos poderáõ succedêr *ab intestato*, pois que nos termos da Lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847 não ha differença entre filhos naturaes de nobres e de plebêos. O nósso Art. refere-se ao Art. 211 *supra*, porque resulta de sua disposição, que o filho adulterino de molhér solteira e homem casado succede á sua mãi. A razão é, que este coito não é punivel em relação á molhér solteira: —Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 340.

3.ª ED.

Depois da cit. Lei de 2 de Setembro de 1847 alarga-se a incapacidade successoria do nosso Art. 971. Entre os filhos de coito damnado, e os reconhecidos pelo pai em escriptura publica, temos os naturaes não assim reconhecidos pelo pai, aos quaes o pai não pode succedêr, porque nas mesmas circumstancias não lhe-succedem os filhos. O direito de successão hereditaria é reciproco. Vid. Nots. ao Art. 965 *supra*.

(24) Ord. L. 4° T. 93.

A Lei é excepcional neste caso, e não póde ser ampliada. Por parte dos collateraes na linha paterna, não podem esses irmãos illegitimos de coito reprovado succedêr *ab intestado* — Lob. Obrig. Reciproc. § 815.

Bem se-ve, que *só* applico esta Ord. á ordem dos collateraes, mas os Commentadôres (Lob. Nots. á Mello Liv. 3° T. 8° § 5° n. 2, e Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 340) a-invocão para opinar, que os filhos de coito damnado, ainda que não succedão á mãi, succedem aos avós maternos; do mesmo modo que os netos legitimos, filhos de filha de coito damnado. Fundão-se nestas palavras da cit. Ord. L. 4° T. 93 — *e assim poderáõ succedêr á quaesquer outros parentes por parte de sua mãi* —. Não é possivel concordar com esta intelligencia, porque a Ord. faz percebêr claramente, que só refere-se á parentes collateraes por parte da mãi, quando diz — *assim que os irmãos, e os outros devidos ulteriôres, possão entre si succedêr ab intestado* —. Como podem, o filho de coito damnado, e o filho de filha de coito damnado, succedêr á seu avô materno, se em ambos os casos não representão sua mãi?

Na ordem dos collateraes, os irmãos germanos, ou bilateraes, precedem aos unilateraes, uterinos, ou consanguineos — Novel. 118 Cap. 3° princ.

Os sobrinhos succedem pelo direito de representação, e porisso precedem aos tios, posto que como elles sejão collateraes em 3° gráo.

Que succedem *per stirpes*, quando concorrem com os tios, está previsto na cit. Novel. 118 Cap. 3° princ. Se é da mesma maneira, quando concorrem sem tios, a cit. Novel. não tem previsto; porém todos decidem pela affirmativa, e tal é a praxe de julgar. Opina em contrario Lobão no Supplem. do seu Trat. de Morg., e no de Obrig. Reciproc. § 809.

Todos os mais collateraes (exceptuados os sobrinhos) succedem *per capita* —Cit. Novel. 118 Cap. 3° § 1°.

« Podem tambem havêr (Lob. Obrig. Reciproc. § 812) irmãos germanos illegitimos, etc. E como os irmãos da mesma mãi se-succedem uns aos outros, ainda que aliás não succedão aos pais, segue-se, que, tendo bens seus algum destes irmãos germanos illegitimos, e fallecendo, procede á respeito da sua successão o mesmo, que á respeito dos germanos legitimos, e seus filhos, para excluirem aos unilateraes, aos filhos destes, aos tios do defuncto, etc.

Art. 973. Na ordem dos conjuges, a herança é deferida ao sobrevivente, sendo que, ao tempo da morte, vivêssem juntos, habitando na mesma casa (25). (Arts. 118 e 149)

---

(25) Ord. L. 4° T. 94.

« O conjuge (Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 8°), herdeiro ab intestado nos termos do Direito, não poderá entrar na posse dos bens herdados sem prévia habilitação. »

Art. 974. A successão do Estado, em falta de parentes até o decimo gráo por Direito Civil, verifica-se do mesmo modo, quando os herdeiros não querem aceitar a herança, e esta fica vaga (26).

3.ª ED.

A Not. do Cod. Orphan. de Suzano pag. 45, e a do Dig. Braz. Vol. 3° pag. 155, não são aceitaveis nas suas distincções.

A verdadeira doutrina só pode sêr esta:

Se a cit. Ord. L. 4° T. 94 só confere aos conjuges o direito reciproco de successão *ab intestado*, certamente não procede, quando o casamento é legalmente annullado; embora os suppostos conjuges, ao tempo da morte de um delles, vivêssem juntos, habitando na mesma casa. « A hypothese de podêr um conjuge succedêr ao outro (Lafayette Dir. de Fam. Not. 2 da pag. 60) só pode verificar-se, quando o fallecimento do conjuge occorre antes do julgamento da nullidade. » Como a nullidade do casamento em alguns casos pode sêr demandada por quem tivér interesse, e pode sêr proposta e vencida depois do fallecimento de um dos conjuges, á quem o outro succedeu *ab intestato*, deve esse conjuge herdeiro restituir a herança á quem legalmente pertencêr? A solução affirmativa é a do primeiro juizo, comtanto que se-a-concilie nos casos de casamento putativo, e com direitos em bôa fé adquiridos por terceiros.

Se a cit. Ord. L. 4° T. 94 só confere o direito reciproco de successão *ab intestato* aos conjuges, que, ao tempo da morte de um delles, vivião juntos, habitando na mesma casa; certamente não aproveita em casos de divorcio, embora julgado sem separação de bens, e só *quoad thorum et cohabitationem*. Não aproveita, em rigôr, dêsde o deposito da molhér ao principio da acção de divorcio.

(26) Regim. de 11 de Maio de 1560 § 8° (Syst. dos Regim. Tom. 5° pag. 492), Ord. L. 1° T. 90 § 1°, L. 3° T. 18 § 9°, Lei de 4 de Dezembro de 1775 § 1°, Alv. de 28 de Janeiro de 1788, Alv. de 26 de Agosto de 1801, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2°.

« São bens vagos (Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 2°), que na conformidade das Leis vigentes se-devolvem á Fazenda Nacional, os dos intestados, que não deixarem parentes, ou conjuge, herdeiros nos termos de direito; ou dos fallecidos com testamento, ou sem elle, cujos herdeiros, mesmo ab intestados, repudiarem a herança.

« Além dos parentes até o decimo gráo por Direito Civil (Rebouças Observ. á este Art.), e do conjuge, conforme a Ord. L. 4° T. 94 princ., ha o parente religioso secularisado, antes que a successão se-devolva ao Estado, como se-vê do § 2° da Lei de 19 de Novembro de 1821. »

Já disse, que vai prevenido no Art. 982 § 2° *infra*.

Art. 975. Os bens perpetuamente aforados equiparão-se aos allodiaes para os effeitos da successão, que seguirá a mesma ordem; guardando-se porém, quanto á partilha, o dispôsto no Art. 1186 (27). (Arts. 62 e 112)

Art. 976. Nos aforamentos vitalicios, em falta de nomeado, a successão defere-se na ordem seguinte: (Art. 1024)

§ 1.° Aos descendentes legitimos, excluindo sempre o mais proximo ao mais remoto, o mais velho ao mais novo, e o do sexo masculino ao do feminino (28):

3.ª ED.

Vid. *supra* Not. 24 ao Art. 52 § 2°, e Not. 1 ao Art. 959.

(27) Ord. L. 4° T. 36 § 7°, e T. 96 §§ 23 e 24. O Estado é excluido da successão dos bens foreiros, cujo dominio directo deve sempre ficar salvo; porém não existe Lei expressa, costumando os Praxistas argumentar com um, ou outro, têxto, que nada provão.

(28) Ord. L. 4° T. 36 § 2°, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 sobre o 3° quesito.

3.ª ED.

Na successão hereditaria dos aforamentos vitalicios (*prazos em vidas—ad tempus*), aforamentos entre nós só possiveis e não usados (Not. ao Art. 609 *supra*), excluindo sempre o descendente legitimo mais velho ao mais môço, dá-se o *direito de primogenitura*, como na *successão dos extinctos vinculos* ex vi da Ord. L. 4° T. 100; e ainda hoje na *Successão do Imperio*, outr'ora *Successão*

§ 2.° Na falta de descendentes legitimos, aos filhos naturaes, se houvérem (29):

---

do *Reino*, pela qual foi estabelecida a dos ditos vinculos nos *Morgados e Capellas*. Vid. Not. 1 ao Art. 959 *supra*.

Ao *direito de primogenitura* pertence a questão da prioridade do nascimento dos *gemeos* (Lobão Morg. Cap. 11 § 3°), em proveito da qual recentemente vêio o Regul n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 51 n. 3°.—O assento do nascimento deverá contêr o facto de sêr *gemeo*, quando assim tenha acontecido; e Art. 55—Sendo *gemeo*, declarar-se-ha no assento, *se nasceu em primeiro ou segundo logar*. Os *gemeos*, que tiverem o primeiro nome igual, deverão ser inscriptos com dois, ou mais nomes, de modo que se-possão distinguir um do outro; e, á respeito de cada um, se-lavrará assento especial.

(29) Cit. Ord. L. 4° T. 36 § 4°, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786. Por esta Ord. o filho spurio tambem podia succedêr *ab intestato*, sendo legitimado com a clausula de tal successão. Taes legitimações não poderião hoje têr logar, sendo, como são, da attribuição do Poder Judicial, segundo a Lei de 22 de Setembro de 1828.

« Se pela razão (Rebouças Observ. á esta Not.) de sêrem as legitimações da attribuição do Poder Judicial segundo a Lei de 22 de Setembro de 1828 não podessem hoje ter logar as de que trata esta Nota, não poderião têr logar tambem nenhumas outras; porque todas importão, ainda que em gráo menor, ou menos grave, dispensa, ou modificação, da Lei geral respectiva. Entretanto a attribuição de conferir cartas de legitimação passou aos Juizes determinados pela cit. Lei de 1828, tal qual exercia o Tribunal do Desembargo do Paço; e assim, com a mesma amplitude, a-devem exercêr os mesmos Juizes competentemente. A Lei de 7 de Janeiro de 1750, em relação ao dito Tribunal, menciona positivamente as cartas de legitimação de filhos adulterinos, sacrilegos, e incestuosos.

« Os Juizes, pois, á cuja autoridade pela Lei de 1828 compete exercêr esta attribuição, não a-devem deixar de cumprir, como a-exercêra o extincto Tribunal do Desembargo do Paço.»

Veja-se o que tenho dito em additamento das Notas ao Art. 217.

§ 3.° Na falta de descendentes legitimos, e filho natural; aos ascendentes, debaixo da mesma regra de proximidade de gráo, sexo, e idade (30):

§ 4.° Na falta dos herdeiros precedentes, aos collateraes até o quarto gráo por Direito Canonico (31).

Art. 977. Quando os bens aforados, por pertencêrem á corporações de mão-morta, não fôrem aptos para a devolução, e consolidação dos dois dominios, os herdeiros collateraes são admittidos á successão, emquanto os-houvér (32).

Art. 978. Na successão á intestado a posse civil dos fallecidos transmitte-se logo á seus herdeiros com todos os effeitos da posse natural, não sendo necessario que esta se-tome (33). (Art. 1025)

---

(30) Ord. L. 4°, T. 36 § 4°, e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

(31) Lei de 9 de Setembro de 1769 § 26, que ampliou o § 2° da Ord. L. 4° T. 36, e cit. Ass. O § 26 da citada Lei foi exceptuado na suspensão, que determinára o Decr. de 17 de Julho de 1778.
O Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 3° § 1° e Art. 4° tambem manda attender ao parentesco pela computação do Direito Canonico. Vid. Not. aos Arts. 981, e 1231 § 1°.

(32) Cit. Lei de 9 de Setembro de 1769 § 26, e cit. Ass. de 16 de Fevereiro de 1786. Vid. Arts. 623, 624, e 631 á 636, *supra*.

(33) Alv. de 9 de Novembro de 1754.—*Le mort saisit le vif*—, diz-se no Direito Francêz.

3.ª ED.

Desta sábia innovação do Alv. de 9 de Novembro de 1754 segue-se têr cessado o—*beneficio de deliberar*—, ou—*direito de deliberar*—, consistente em um tempo concedido ao herdeiro para declarar, se aceita, ou não, a herança.

Entre nós não voga essa pratica, noticiada por Gouv. Pint. Testam. Cap. 32, de assignarem-se para tal fim oito dias, ou déz, ou outro prazo, ao herdeiro, á requerimento dos credores, legatarios, e herdeiros substitutos, passado o qual, se a não adio o herdeiro, julga-se repudiada a herança, etc. Se o Alv. de 9 de Novembro de 1754 presume aceita a herança, a citação do herdeiro para declarar se aceita, ou não, é inutil, é desprezo da presumpção legal. A citação do herdeiro deve ser para assignar termo de inventariante, se outrem não dever sel-o, e proseguir nos ulteriôres termos do inventario, pena de sequestro, como tambem diz a Not. ao Art. 1153 *infra*. O herdeiro assim citado pode então, ou assignar simplesmente termo de inventariante, ou assignal-o com termo de aceitação da herança á *beneficio d'inventario*, ou não assignal-o com termo de *abstenção da herança*. Tal citação escusada se-torna, quando á pessoa estranha como testamenteiro se-deve conferir o cargo de inventariante, ou quando o inventario já houvér começado. Só aproveita ao herdeiro a *abstenção da herança*, sendo feita por termo nos Autos de inventario á começar ou já pendente. Do mesmo modo só assim lhe-pode aproveitar o *beneficio de inventario*, isto é, para não pagar as dividas da herança além das forças della. A herança presume-se aceita, salvos esses direitos de *abstenção*, ou de *aceitação á beneficio de inventario*, comtanto que exercidos sejão antes de qualquer acto denotativo de aceitação expressa. Do *beneficio de inventario* (não por fazêr-se inventario, mas por declaração expressa em termo judicial) segue-se para o *herdeiro beneficiario* o *beneficio de separação de patrimonios*, que evita a confusão dos seus bens proprios com os bens da herança.

Adida a herança (tacitamente ou expressamente), o herdeiro representa a pessoa do defunto—*personam defuncti sustinet*—; isto é, succede em todos os *direitos transmissiveis* do finado, não nos *direitos intransmissiveis* ou *personalissimos*; e tambem succede em todas as *obrigações transmissiveis*,—em todas as dividas não inherentes á pessôa do finado, ainda que estas sejão superiôres ao activo da herança. A herança representando a pessôa do môrto, e o herdeiro pessoalisando a herança; se a herança fôr oberada, fallida, insolvavel, vem á ser uma quantidade negativa,—uma quantidade á baixo de zero; e porisso o herdeiro fica obrigado além das forças della, salvo seu direito ao *beneficio de inventario*. Á esta consequencia juridica, e logica, está sujeito o *Fisco*, ou o *Estado*, quando succede na herança vacante. Vid. Not. ao Art. 1259 *infra*.

Art. 979. Na linha dos descendentes, e ascendentes, a transmissão da posse civil da herança verifica-se ao infinito em todos os gráos (34).

Art. 980. Na linha collateral, além dos irmãos, e filhos de irmãos, a posse civil transmitte-se aos mais proximos parentes até o decimo grão por Direito Civil, que tivérem á herança um direito certo, e indubitavel (35).

Art. 981. Mas, quando não houvér conjuge sobrevivente, á quem competir ficar em posse e cabeça do casal para procedêr á inventario e partilhas, e os herdeiros fôrem collateraes, ainda que notoriamente conhecidos; a herança reputa-se jacente, até que os mesmos herdeiros se-habilitem competentemente (36). (Arts. 1026 e 1231)

---

(34) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 ao 1º quesito.

(35) Cit. Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 ao 1º quesito. O egresso regular (Reboucas Observ. á este Art.), secularisado conforme o § 2º da Lei de 19 de Novembro de 1821, ainda que de grão mais proximo, é precedido não só por todos os parentes até o 10º grão por Direito Civil, como pelo conjuge capaz de successão *ab intestato*, ex Ord. L. 4º T. 94. Somente ao egresso secularisado não precede o Estado, ou a Fazenda Publica.

Veja-se o Art. 982 § 2º *infra*.

(36) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1º § 1º alterando o Art. 11 do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, Av. n. 257 de 23 de Novembro de 1853. Póde-se dizêr portanto, que não ha hoje essa *posse civil* dos herdeiros, aliás tão invocada no Fôro. Vid. Notas aos Arts. 31 § 2º, e 1231 § 1º.

« A Lei de 9 de Novembro de 1754 (Rebouças Observ. á este Art. e Not.) ordena, que a posse civil, que os defuntos em sua vida houvérem tido, passe logo nos bens livres aos herdeiros escriptos, ou legitimos; e que a dita posse civil terá todos os effeitos de posse natural, sem que seja necessario que esta se-tome: e, havendo quem pretenda têr acção aos sobreditos bens, a-poderá deduzir sobre a propriedade somente, e pelos meios competentes. »

« O Assento de 16 de Fevereiro de 1786, tomado sobre a Lei de 9 de Novembro de 1754, diz, fallando dos bens allodiaes, que: « Na linha dos *collateraes*, além dos irmãos, e filhos de irmãos, a *posse*, de que trata a mesma Lei, *se-transmitta* aos *mais proximos parentes* até o 10° gráo, contado segundo Direito Civil, *que tiverem um direito certo e indubitavel á herança do defunto*, á que devão succedêr *ab intestato*; porque *todos estes, na censura de direito, se-reputão herdeiros legitimos.* »

« Diz ainda mais o Assento de 16 de Fevereiro de 1786, fallando dos bens vinculados, que: « Na linha *collateral*, além de irmão e sobrinho, *por identidade de razão e força de comprehensão*, se-devè estendêr a disposição da lei ao *parente notoriamente mais proximo*, e que, nesta precisa e justa consideração, havendo um parentêsco proximo, em que se-verifique, sem dependencia de maior discussão, a certeza e preferencia indubitavel deste direito, *se-deve julgar transmissivel a posse.* »

« Por conseguinte tanto importa, que o defunto deixe conjuge, descendentes, ascendentes, ou *collateraes* notoriamente conhecidos, para que não se-lhe-possa reputar jacente a herança, e se-deixe de reconhecer aos mesmos parentes na posse civil dos bens della. »

« O Regulamento n. 160 de 9 de Maio de 1842 reconheceu esse indubitavel direito, o de n. 422 de 27 de Junho de 1845 o não contemplou á respeito dos collateraes. »

« D'ahi, por sua natureza regimental, se não deveria inferir derogação do antecedente, e muito menos da Lei de 9 de Novembro de 1754, e do Assento de 16 de Fevereiro de 1786. Mas a legislação dos Avisos assim o-veio resolvêr por mais poderosa que a dos Regulamentos, fazendo que estes valhão mais do que as Leis, assim como se-tem querido que as Leis valhão mais do que a Constituição do Estado; valendo, mais que tudo, os factos consummados! »

« O caso é, que, devendo ser os Regulamentos adequados á boa execução das Leis, succede, que os que respeitão ao Juizo dos ausentes são de facto derogatorios e abrogatorios dellas, e contra a indole legal do mesmo Juizo, que é acautelar o extravio dos bens, e heranças dos defuntos *ab intestato* em favôr de seus legitimos successôres não presentes, e da Fazenda Publica; provavelmente pelo contrario tem servido, e vai servindo, para dar azo á espoliação dos direitos desses mesmos herdeiros legitimos; tendo-se visto pôrem-se fóra de suas

casas, recentemente herdadas, á irmãos legitimos, que assistirão aos defuntos em suas enfermidades, e lhes-fizerão o enterro, tão notoriamente reconhecidos herdeiros legitimos como o-podem sêr no gráo mais indubitavel os filhos, e os pais, para subversivamente se-entregarem á um estranho nomeado curador da herança jacente, e pôr á esses mesmos irmãos germanos, notoriamente reconhecidos herdeiros legitimos, na dependencia de uma habilitação, em 1ª e 2ª instancia, meramente formal, para só depois della em cousa julgada se-lhes-restituirem então os bens, de que os havião desapossado, algumas vezes desfalcados, e sempre diminuidos das *porcentagens* da arrecadação, e do imposto da propria extorsiva, e forçada, habilitação!... »

« Nunca tal houvéra nos tempos chamados do despotismo!! Os irmãos, os sobrinhos, e outros parentes, na posse *ab intestato* de seus bens hereditarios, sem a menor turbação, procedião ao competente inventario, liquidavão a herança, e pagavão o competente sello á Fazenda Publica, conforme os Alvarás de 17 de Junho de 1809, e 2 de Outubro de 1811. »

Esta censura é justa até certo ponto, porém feita á legislação existente, que eu não podia deixar de colligir, vendo-a executada todos os dias. Felizmente o Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 tem mitigado o rigôr do Art. 1°, § 1° do Regul. n. 422 de 27 de Junho 1845, e do Av. n. 257 de 23 de Novembro 1853, determinando no Art. 3° § 1° que a herança não se-arrecade, quando houvérem collateraes notoriamente conhecidos dentro do 2° gráo por Direito Canonico; e no Art. 4°, que, se esses collateraes não fôrem notoriamente conhecidos, cesse a arrecadação sem deducção de porcentagens, justificando elles em prazo razoavel sua qualidade hereditaria. Vid. Not. ao Art. 1231 § 1°.

3.ª ED.

(37) Na materia da successão hereditaria, ha *três capacidades*, e correspondentemente *três incapacidades*:

A 1ª *incapacidade* é a do nosso Art. 982,—*incapacidade de succedêr ab intestado*—; negação da—*capacidade de succedêr ab intestado*—, regulada nos Arts. *supra* 959 á 981 com suas peculiares limitações:

A 2ª incapacidade é a—*incapacidade testamentaria activa*—, negação da—*capacidade testamentaria activa*—, reguladas nos Arts. 993 á 998 *infra*:

A 3ª incapacidade é a—*incapacidade testamentaria passiva*—, negação da—*capacidade testamentaria passiva*—, reguladas nos Arts. 999 á 1024 *infra*.

Comparando-se a—*incapacidade de succedêr ab intestado*—com a—*incapacidade testamentaria passiva*—, vê-se logo, que á pouco estão reduzidas actualmente, e que portanto não procedem na maxima parte os escriptos de Gouv. Pint. Testam. sobre os *incapazes de succedêr* em uma de suas Notas sobre a—*Successão do Fisco e Corôa*—, com referencia á Lobão Acc. Summ., e ao Direito Romano. Aos *fideicommissos*, introduzidos para fraudar leis injustas contra a capacidade de succedêr, e legitimados pelo Imperadôr Augusto, deve-se a extirpação de tantas incapacidades de succedêr. Veja-se Per. e Souz. Diccion. Jurid. vb.—*fideicommisso*—. Ahi lê-se:—« Os *fideicommissos tacitos*, pelos quaes se-procura por interpostas pessôas fazêr passar a herança á pessôas prohibidas por direito, são nullos como feitos em fraude das leis—L 11 e 18—De *his quæ ut indignis auferuntur*. »—No Direito Patrio esta disposição romana corresponde á da Ord. L. 2º T. 26 § 23, que a-applicava ao Fisco, e fazia *direito real*, o que á *testamenteiro, legatario, ou fidei-commissario*, é deixado *tacitamente* por defraudar a Lei. Ora, a sancção em proveito do Fisco tem cessado em face do Art. 179 § 20 da nossa Const. Polit., dizendo—*não haverá em caso algum confiscação de bens*. A *nullidade* tambem cessou, já porque a nossa mesma Const. garantio a liberdade de pensamento, já porque a nossa legislação moderna respeita coherentemente o segredo das disposições de ultima vontade. Vid. Not. ao Art. 1083.

Note bem: Sobre a *incapacidade de succedêr ab intestado* procede a mesma regra da Not. 1 ao Art. 993 *infra* sobre a *incapacidade testamentaria passiva*. Sabendo-se quaes as pessôas, que não podem succedêr ab intestado, fica sabido quaes as que podem assim succedêr.

Quanto ao tempo da *capacidade de succedêr ab intestado*, indubitavelmente é o *momento* da morte do fallecido; e não outro momento, ou dia anteriôr ou posteriôr. Indifferente vem á ser a tardia aceitação da herança—*adição expressa*—. Basta a *adição tacita* em virtude do Alv. de 9 de Novembro de 1754, depois do qual a *successão intestada* (como a *successão testada*) não tem interrupção, em motu continuo e perpetuo. Vid. Nots. ao Arts. 978 *supra*, e 1025 *infra*.

§ 1.º Os Religiosos, e as Religiosas, que professarem, mesmo em Communidades, que podem possuir bens em commum (38): (Art. 1000)

---

(38) Lei de 9 de Setembro de 1769 § 10, que nessa parte não foi suspensa pelo Decr. de 17 de Julho de 1778, e Decr. de 16 de Setembro de 1817.

Da Ord. L. 4º T. 92 princ. collige-se, que os escravos não podem herdar; pois que, para herdar, o filho de escrava alheia, é necessario, que esteja fôrro ao tempo do fallecimento de seu pai. Ord. do Thesouro n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850.

3.ª ED.

Av. n. 280 de 21 de Agosto de 1874—*Religiosas professas* não succedem ab intestado no monte-pio de seus pais.

Succedem porém testamentariamente, digo eu, no caso do Art. 1001 *infra*; á sabêr, se as pensões do monte-pio lhes-fôrem deixadas como legados de tenças vitalicias para seus alimentos. Vid. *supra* Not 6 da Introd., e *infra* Not. ao Art. 1001.

A incapacidade dos escravos para succedêrem *ab intestato* cessou pela legislação citada ao Art. 959 Not. 1. Sobre a Ord. ou Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850, quanto hoje vigora, comparem-se as Nots. aos Arts. 959 § 5º *supra*, e 993 § 5º *infra*.

Accresce o Av. n. 242 de 3 de Julho de 1868, onde declara-se, que, não podendo o escravo adquirir por titulo de successão a herança de seu filho em estado de liberdade, não lhe-é concedido transmittir á terceiro aquillo, que não pode adquirir Vid. Not. 1 ao Art. 42 *supra*.

Veja-se, como a redacção deste § 1º do Art. 982 confere com a do Art. 1000 *infra*; de modo que ha—*incapacidade successoria ab intestado*—, e—*incapacidade testamentaria passiva*—, para *religiosas professas* e *religiosos professos*; mesmo em Communidades possuidôras de bens em commum, isto é, que não fazem *voto de pobreza*. Eis uma incapacidade injusta, se a deixa fôr de *bens immateriaes*, qual a da *propriedade litteraria*. O Art. 261 do nosso Cod. Crim. reconhece a *propriedade litteraria* das Corporações, marcando-lhe a duração de déz annos.

§ 2.° Os Religiosos secularisados, emquanto houvérem parentes chamado pela Lei, ou conjuge, de maneira que só venhão á excluir a successão do Estado (39): (Arts. 72 e 999)

§ 3.° Aquelles, que por força, ou engano, estorvárão os fallecidos de dispôr livremente de seus bens em testamento (40): (Arts. 1016 § 6°, e 1018 § 3.°)

§ 4.° Os descendentes, e os ascendentes, solemnemente desherdados com justa causa (41): (Arts. 1016 e 1018)

---

(39) Lei de 19 de Novembro de 1821, autorisada pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823. Esta Lei modificou a Resol. de 26 de Dezembro de 1809, que declarou os Religiosos Secularisados absolutamente inhabeis para succedêr.

3.ª ED.

De modo que, em declaração additiva do Art. 959 § 5°, deve-se dizêr, que os *Religiosos secularisados (ou egressos)* são admittidos á successão *ab intestato* entre o Estado e o conjuge sobrevivente; e, não havendo conjuge sobrevivente, entre o Estado e os collateraes até o decimo gráo por Direito Civil. Vid. Not. ao cit. Art. 959 § 5°.

(40) Ord. L. 4° T. 84 princ., e T. 88 § 13. É simplesmente um motivo de *incapacidade de succedêr*, sendo hoje inutil a differença entre herdeiros *incapazes*, e *indignos*. A *indignidade*, nos termos do Cap. 237 das Ordenaç. da Faz., Ord. L. 2° T. 26 § 19, L. 4° T. 84, e Ass. de 17 de Novembro de 1791, dava logar á confiscação de bens, e esta foi abolida pelo Art. 179 § 20 da Const. do Imp.

3.ª ED.

A inutilidade actual da differença entre herdeiros *incapazes* e *indignos* vejo contestada no DIREITO, Rev. de 1874 Vol. 4° pags. 81 á 105; mas sem algum resultado pratico, como demonstrarei em uma resposta, que talvez pela mesma Rev. seja dada.

(41) Ord. L. 4° T. 82 §§ 2° e 4°, T. 88, T. 89, e Ass. 4° de 20 de Julho de 1780. Verifica-se este caso, quando a desherdação é feita, e julgada, em vida; e não, quando se-faz em testamento, como é de costume. Vid. Art. 1017.

§ 5.° Os ascendentes excluidos de succedêr aos descendentes nos termos dos Arts. 181, 182, 196, 197, e 226 (42):

§ 6.° Os herdeiros, que fôrão remissos, e negligentes, em procurar o restabelecimento da saúde de seus ascendentes, e parentes, fallecidos em alienação mental (43): (Arts. 1016 § 7°, e 1018 § 5.°)

§ 7.° Os que se-escusárão da tutela dos parentes, como está dispôsto nos Arts. 255, 256, e 257 (44):

§ 8.° As filhas-familias, que incorrêrão na pena de desherdação, ou por se-têrem casado antes de vinte e um annos sem consentimento dos pais, ou por se-têrem deshonestado (45). (Arts. 101, 103, e 1016 §§ 8° e 9.°)

Art. 983. A incapacidade de succedêr, no caso do § 8° do Art. antecedente, póde cessar, se os pais, perdoando a injuria das filhas, as-instituirem herdeiras; mas é necessario, que ao tempo da morte dos pais não hajão outros filhos, ou descendentes legitimos (46).

---

(42) Ord. L. 1° T. 88 § 8°, e Ass. 3° de 20 de Julho de 1780.

(43) Ord. L. 4° T. 88 § 14.

(44) Ord. L. 4° T. 102 §§ 5° e 6°.

(45) Ord. L. 4° T. 88 § 1°, Lei de 19 de Junho de 1775 §§ 4° e 5°, Lei de 29 de Novembro do mesmo anno; Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2°, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, e pela Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6°.

(46) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 2°, e cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2°.

3.ª ED.

Esta disposição, com bôa logica, extensiva é aos casos dos §§ 6° e 7° do antecedente Art. 982; quero dizêr, que as injurias nesses dois casos reputão-se perdoadas pelos pais, se instituirem herdeiros aos injuriantes. Extensiva é, porém, com a sua clausula final, subsequentemente explicada ao Art. 984? Sim, porque os filhos devem ser solidarios nas injurias feitas ao pai quando este é homem justo.

Art. 984. Havendo outros filhos legitimos, não podem os pais contra a vontade d'elles instituir herdeira a filha incursa na pena da desherdação (47).

Art. 985. Não fica a filha desherdada excluida de toda a sua legitima, quando tenha casado com marido notoriamente conhecido por melhór, do que fôra aquelle, com quem o pai podê-la-hia casar (48).

---

(47) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 2°.

(48) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 3°, cit. Ass. de 9 de Abril de de 1772 § 2°.

« As disposições da Ord. (Rebouças Observ. á este Art.) e do Assento citado, se-deve considerar por derogadas pelas Leis de 29 de Novembro de 1775, e de 6 de Outubro de 1784, conforme as quaes as conveniencias de matrimonio somente podem ser efficazmente ponderadas mediante a impetração do supplemento ao dissenso paterno, recorrendo á competente Autoridade, estabelecida actualmente pela Lei de 22 de Setembro de 1828; não se-podendo fóra desse caso tomar jámais conhecimento da conveniencia de nupcias algumas, e dar-se logar á qualquer contestação, ou discussão, sobre as causas, e razões, della; tanto que, mesmo assim, quando tem sido suscitadas e admittidas opportuna e competentemente, o-são com toda a reserva e circumspecção, queimando-se os respectivos processos, logo que sejão passados seis mezes depois do seu julgado terminante. »

Não é possivel considerar como derogada a disposição consolidada no texto, porque ella contém o complemento da sancção da lei, quando a filha casa sem consentimento do pai. Posto que a Lei de 29 de Novembro de 1775, e a de 6 de Outubro de 1784, regulassem a impetração de licença para os casamentos de menores, não se-segue, que taes casamentos não se-possão dar sem licença, e para este caso é que se-tem decretado a desherdação da filha. E demais o Ass. de 9 de Abril de 1772 foi confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, e este é posteriôr á Lei de 29 de Novembro de 1775.

3.ª ED.

Insiste o Sr. Rebouças em suas novas Observ. á este Art. 985 pags. 132, 133, e 134, sobre a mesma censura já respondida peremptoriamente á cima! Paralogismo rebelde ao verdadeiro estado da questão, porque o Art. 985 não é para os casos de casamento com impetração de licença, mas para os de casamento sem licença. Não são possiveis essas discordancias entre a Igreja e o Estado? Que são possiveis, presuppõe o Art. 101 *supra*; e, quanto aos menores orphãos, os Arts. 19, 20, e 107, *supra*.

Art. 986. Em tal caso, está no arbitrio do pai desherda-la somente de metade da legitima. Não a-desherdando expressamente dessa metade, a filha herdará livremente, ainda que hajão outros descendentes legitimos (49).

Art. 987. Na hypothese do § 6° do Art. 982, se algum estranho, pela falta do herdeiro, que não se-quiz prestar, soccorreu ao fallecido durante sua enfermidade, adquirirá direito á herança, de que o mesmo herdeiro será privado pela sua ingratidão (50).

Art. 988. Quando os Clerigos, e Regulares Secularisados, não tivérem dispôsto de seus bens, serão succedidos, como qualquer outro individuo, por seus parentes, segundo a ordem da vocação da Lei (51).

Art. 989. Os espolios dos Bispos Seculares, mortos sem testamento, tambem pertencem á seus legitimos herdeiros. Na falta destes, pertencem ao Estado, como bens vacantes (52).

---

(49) Ord. L. 4° T. 88 § 3°, e Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2°.

(50) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 5°.

(51) Ord. L. 2° T. 18 § 7°, e Lei de 19 de Novembro de 1821 § 4°.

3.ª ED.

Lei das Côrtes de Portugal é a cit. de 19 de Novembro de 1821, uma das exceptuadas pelo Art. 2° da Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823.

(52) Prov. de 9 de Maio de 1753, Resol. de 16 de Outubro de 1799, Port. de 12 de Novembro do mesmo anno, e Prov. de 25 de Janeiro de 1800.

Art. 990. Os espolios dos Bispos Regulares, fallecidos sem testamento, pertencem á sua Igreja; isto é, ao Bispo successôr para os-despendêr nas suas precisões episcopaes, e nas de sua Cathedral, suas Parochias, e do seu Clero (53).

Art. 991. Os Conventos são legitimos proprietarios dos bens adquiridos, e deixados, por seus Religiosos (54).

Art. 992. Quando porém taes bens fôrem achados em logares distantes dos ditos Conventos, e da residencia dos seus Syndicos, terá logar a judicial arrecadação na fórma da Lei; e a entrega não se-deve fazêr, sem que os mesmos Conventos se-habilitem (55).

---

(53) Cart. Reg. de 7 de Junho de 1784, Resol. de 17 de Abril de 1793, Port. de 14 de Junho de 1795, cit. Prov. de 25 de Janeiro de 1800, e Prov. de 6 de Abril de 1815.

Como a arrecadação dos espolios dos Bispos Regulares está sujeita ao rigôr das leis fiscaes—Av. n. 394 de 4 de Dezembro de 1864.

(54) Av. de 5 de Setembro de 1839, e Ord. de 5 de Novembro de 1840. Os Conventos (doutrina exacta do Aviso) nada adquirem á titulo de herança, ou legado; mas só arrecadão quanto é seu, e de direito lhes-pertence, como propriedade sua; pois que os Religiosos, em virtude de suas Regras, ainda que tenhão quaesquer empregos fóra do Claustro, nada adquirem, nem possuem, em seu nome; e sim no dos Conventos, á que pertencem; sendo-lhes, apenas, permittido despendêr o strictamente necessario para sua subsistencia.

3.ª ED.

Vid. Introduc. *supra* Not. 6.

(55) Cit. Ord. de 5 de Novembro de 1840.

3.ª ED.

Vid. Introduc. *supra* Not. 6.

CAPITULO II

Da successão testamentaria

Art. 993. Não podem fazêr testamento: (1)

3.ª ED.

(1) Como a *incapacidade de facto* (incapacidade para exercêr actos da vida civil por impossibilidade physica ou moral de obrar) é excepção da liberdade consagrada no Art. 179 n. 1º da Const. do Imp., deve-se concluir não havêrem outras incapacidades de facção de testamento (*incapacidade testamentaria activa*) além das expressadas na lei. « Sabendo-se (discreto pensar de Gouv. Pinto Testam. Cap. 10 Not.) quaes as pessôas, que não podem fazêr testamento, fica sabido quaes as que o-podem fazêr. » E sabendo-se (Art. 1078 *infra*, apoiado na Ord. L. 4º T. 86 § 3º) quaes as pessôas, que podem fazêr testamento, fica sabido quaes as que podem fazer codicillo.

Posto que a *incapacidade de succedêr causa-mortis*, com testamento ou sem elle, seja *incapacidade de direito*, tanto mais depois da *posse civil* do Alv. de 9 de Novembro de 1754, dispensando o acto da *adição*; todavia procede á respeito della a mesma regra interpretativa da *incapacidade testamentaria activa*, e por esta enunciação. Sabendo-se quaes as pessôas, que não podem succedêr testamentariamente, fica sabido quaes as que podem succedêr por este modo. Vid. Not. 36 ao Art. 982.

Quanto ao tempo da *capacidade testamentaria activa (facção de testamento activa)*, está claro, que é:

No *testamento publico* (Art. 1054 *infra*) o dia da sua escripturação no Livro de Notas:

No *testamento cerrado* (Art. 1055 *infra*), o da data do respectivo instrumento de approvação; sem importar o da data, em que o testamento foi escripto:

No *testamento particular* (Art. 1060 *infra*), o da data da sua escripturação pelo testadôr, ou por outra pessôa á seu rôgo, sem importar o da posteriôr data da respectiva *publicação*:

No testamento *nuncupativo* (Art. 1061 *infra*), o dia da *nuncupação*, sem importar o da posteriôr data da respectiva *reducção*:

Nos *testamentos privilegiados, militares*, etc. (Arts. 1065 á

1076, e Not. 1 ao Art. 1053, *infra*), o dia das respectivas disposições.

Quanto ao tempo da *capacidade testamentaria passiva* (*facção de testamento passiva*), siga-se a verdadeira opinião de Gouv. Pint. Testam. Cap. 7°; e não a falsa de Mell. Freir., que discretamente rejeitou o mesmo Gouv. Pint. Em tal *capacidade*, na *instituição pura* (sem condição) requer-se em *dois tempos*,—1.° no dia da facção do testamento,—2.° no momento da morte do testadôr; e, na *instituição condicional*, requer-se no dia do cumprimento da condição. Se herda-se em virtude do testamento, a *existencia nominal* deve harmonisar-se com a *existencia real*. O Direito Romano exigia tal *capacidade* em *três tempos*:—1.° ao da facção do testamento,—2.° ao da morte do testadôr,—3.° ao da adição da herança.

Ora, como o tempo da adição da herança ficou reduzido ao da morte do testadôr por bem do Alv. de 9 de Novembro de 1754, temos agora só *dois tempos* para apreciar a *capacidade testamentaria passiva*; e assim deve-se entendêr Gouv. Pint. *loc. cit.*, quando diz, que o 1° tempo é o da *delação da herança*. A herança é *deferida* desde logo,—desde o momento da morte do testador, como na *successão intestada* dêsde o momento da morte do fallecido (Not. 36 ao Art. 982 *supra*). Mell. Freir. quiz materialisar tudo, reduzio o direito ao facto, opinando só pelo tempo da *delação da herança*, como se esta não fosse legitimada pela validade do testamento em sua existencia nominal.

« Póde o *cégo* (Miscell. de Rodrigues pag. 59) fazer *testamento cerrado*? Vid. Gouv. Pinto Test. Cap. 10 Not. Este Autôr responde pela affirmativa, porém não achamos muita razão em sua opinião; e mormente quando a Relação da Côrte já decidio, que não póde fazer testamento cerrado quem, sabendo escrever, acha-se impossibilitado de escrever, ou assignar, ao tempo da factura do mesmo testamento. »

Do apontado Aresto não segue-se, que o *cégo* não possa fazer *testamento cerrado*, porquanto, além de não constituir direito, ha *cègos*, que escrevem, ou assignão, pelo tacto. A favor da opinião negativa, póde-se argumentar com a Ord. L. 4° T. 85 princ. (Consolid. Art. 1063 § 3°), prohibindo aos cégos ser testemunhas em testamentos. A' favor da opinião favoravel temos a regra interpretativa *supra* de poder testar quem não é prohibido pela lei. Acresce a mór importancia do acto testamentario em relação ao de ser testemunha em testamento.

§ 1.° Os menores de quatorze annos, e as menores de dôze (2):

§ 2.° Os filhos-familias, ainda que os pais consintão (3):

§ 3.° Os loucos, e os prodigos tolhidos da administração de seus bens (4):

---

(2) Ord. L. 4° T. 81 princ.

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 81 § 3°, L. 4° T. 83 § 1°, e T. 91 § 1°. Veja-se a excepção do Art. 1069, quanto aos bens castrenses, e quasi-castrenses.

3.ª ED.

« Excepto tambem (Dig. Brazil. Vol. 3° pag. 134 Not.) sendo *Clerigo*, e dispondo só da terça. Dos mesmos castrenses não pode o filho testar senão da terça, tendo vivos pai ou outros ascendentes. »

Quanto ao limite da disposição da terça, não ha duvida em face da Ord. L. 4° T. 91 § 1°; mas, quanto ao *Clerigo*, deve-se entendêr o de Ordens Menores, não o de Ordens Maiores ou Sacras, que não são filhos-familias, ainda que viva na companhia do pai. Para esses Clerigos acabou o patrio podêr, não pelo antigo Direito segundo Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 21 § 194 ns. 29 á 32, mas pelo Art. 92 n. 1° da Const. do Imp. com a sua final excepção dos Clerigos de Ordens Sacras. Vid. Nots. *supra* aos Arts. 10, 21, e 202 § 5°.

(4) Ord. L. 4° T. 81 princ., e § 4°. Esta disposição, quanto aos prodigos, é bem injusta. Pensa do mesmo modo Ferr. Borg. nas suas Instit. de Medic. For.

3.ª ED.

Pela mesma razão da incapacidade testamentaria dos *loucos* não podem fazer testamento os que por motivo extraordinario ficão privados do livre uso de suas faculdades, como os *ebrios*, e os *irados*. Não foge-se á boa regra interpretativa da Not. 1 á este Art. 993, mas reputa-se a *ebriedade*, e a *ira*, como loucura passageira.

§ 4.° Os mudos e surdos de nascença, entre os quaes não se-comprehendem os que ouvem, e fallão, com difficuldade (5):

§ 5.° Os Religiosos professos (6).

---

(5) Ord. L. 4° T. 81 § 5°. Quanto aos mudos e surdos por enfermidade superveniente, não sabendo escrever, a Ord. faz dependêr a facção do testamento de licença régia, o que hoje não póde ter logar.

3.ª ED.

Com a educação dos *surdos mudos* sua incapacidade testamentaria activa fica sem razão, e deve cessar com as distincções, que faz Troplong. Testam. ns. 537, 1137, e 1449: Podem testar olographicamente (*por testamento particular*—Art. 1060 *infra*), quando sabem escrevêr. Não podem testar por *testamento publico* ou *cerrado* (Arts. 1054 á 1059 *infra*), porque sua enfermidade não lhes-permitte *dictar* ao Tabellião, ou *respondêr* ás perguntas delle; o que, na legislação nova, se-póde sanar com o escrever em presença do Tabellião. (Vid. Nots. ao Art. 262 § 3° *supra*, e ao Art. 1066 *infra*).

Com estas distincções não foge-se tambem á mencionada regra interpretativa da Not. 1 á este Art. 993, mas se-a-combina com a razão da lei.

O Decr. n. 4046 de 19 de Dezembro de 1867 deu regulamento provisorio ao Instituto dos *surdos-mudos*.

O de n. 5435 de 15 de Outubro de 1873 deu nova organisação ao mesmo Instituto.

Cumpre fazêr differença, como recommenda Gouv. Pint. Testam. Cap 10, e vêr, se os dois defeitos—*mudêz* e *surdêz*—concorrem juntos, ou separados. No primeiro caso, não ha capacidade para testar. No segundo caso, quando taes defeitos são supervenientes, ha capacidade para testar por escripto, sabendo-se escrevêr.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 81 § 4°. A exclusão dos *hereges*, e *apostatas*, está prejudicada, porque ninguem pode ser perseguido por motivos de Religião—Art. 179 § 5° da Const. do Imp. Do mesmo modo a dos *condemnados á pena ultima*, porque não ha, nem pode havêr, *servidão de pena*, ou *morte civil*. Foi uma inadvertencia fallar-se em *morte civil* no Art. 157 § 3° do Cod. do Com., imitando-se o Cod. Com. de Portugal.

Art. 994. Não valerá o testamento dos loucos, quando affectados de loucura continua, ainda que as disposições parêção tão sensatas, como as-faria qualquer outro em estado normal (7).

E' para lastimar, que as Obras de Coelho da Rocha, e de Liz Teixeira, propaguem semelhantes doutrinas!

Está porém em vigôr a Ord. L. 4° T. 81 § 4° na parte, em que declara, que os escravos não podem fazêr testamento. Assim reconhece o Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850.

3.ª ED.

Quanto ao cit. Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850, transcripto na Not. ao Art. 959 § 5° *supra*, é só nesta parte que vigora; isto é, sobre a incapacidade testamentaria activa dos escravos, como adverti na mesma Not. ao Art. 959 § 5°. Sobre a sua capacidade successoria ab intestato veja-se a Not. 1 ao Art. 959 *supra*. A sua incapacidade testamentaria passiva tem cessado pelo Art. 4° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, repetido no Art. 48 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, os quaes dispõem:— « E' permittido ao escravo a formação de um peculio com o que lhe-proviér de *legados e heranças*, etc. » (Vid. Not. 1 ao Art. 42 *supra*.) Vid. Introduc. *supra* Not. 6 sobre os *Religiosos professos*. Não são taes os *Noviços*, que podem fazêr testamento; porisso que antes da profissão, isto é, antes de pronunciarem os três votos de *obediencia, castidade, e pobreza*, são havidos por leigos.

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 81 § 1°.

Disposições judiciosas não podem ser producto de um espirito enfermo. Sobre as provas da loucura veja-se as Nots. *supra* aos Arts. 311 e 326. Não exclue essas provas o dizer-se no testamento, ou no instrumento de sua approvação, ter parecido ao Tabellião, e ás testemunhas, que estava o testadôr no gôzo de suas faculdades, mesmo sem arguir falsidade ao testamento—Furgole Testam. Cap. 4° n. 209. Da fé de Tabellião resulta uma presumpção de direito, que pode ser destruida por provas em contrario. São escusadas as provas da enfermidade d'espirito do testadôr, quando pela qualidade das proprias disposições se-mostra, que não estava o testadôr em seu perfeito juizo—L. 27 Dig. *de condit. instit.*

Art. 995. Havendo lucidos intervallos, valerá o testamento feito ao tempo da remissão, assim constando claramente. E tambem valerá o testamento feito antes da loucura (8).

Art. 996. Duvidando-se de têr sido feito o testamento ao tempo da remissão, servirá de regra o bom senso das disposições (9).

Art. 997. Se as disposições fôrem razoaveis, como as-faria qualquer outro em juizo perfeito, presume-se têrem sido ordenadas durante o lucido intervallo (10).

Art. 998. Os Religiosos secularisados podem livremente dispôr de seus bens em favôr de quem lhes-aprouvér; mesmo em vida de seus pais, e ascendentes (11).

Art. 999. Tambem podem adquirir por titulo de ultima vontade, mas sem prejuizo das legitimas dos herdeiros necessarios (12). (Art. 72)

---

(8) Ord. L. 4° T. 81 princ.

(9) Cit Ord. L. 4° T. 81 § 2°.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 81 § 2°.

(11) Lei de 19 de Novembro de 1821 § 3°. Ficou pois de nenhum effeito a Resol. de 26 de Dezembro de 1809.

(12) Cit. Lei de 19 de Novembro de 1821 § 2°, modificando a citada Resol. de 26 de Dezembro de 1809. A prohibição da Ord. L. 2° T. 18 § 7° quanto á successão dos Clerigos, que não podião ter a herança além de um anno, tem cessado, pois cessárão seus privilegios. A' tal respeito é expresso o § 1° da apontada Lei de 19 de Novembro de 1821.

3.ª ED.

Assim limitada a *capacidade testamentaria passiva* dos *Religiosos secularisados*, ou *egressos*, adquirem pagando 15 °/. de imposto de transmissão, segundo as Tabellas annexas aos citados Reguls. de 1869 e 1874, qualquer que seja o grão, ou a linha, de parentêsco.

Art. 1000. Os Religiosos, e as Religiosas, que professarem, mesmo naquellas Communidades, que pessúem bens em commum, não podem sêr instituidos herdeiros em testamento (13). (Art. 982 § 1.°)

Art. 1001. Podem porém esses Religiosos professos recebêr legados de tenças vitalicias para seus alimentos (14).

Art. 1002. São nullas todas as disposições, em que fôr instituida a *alma* por herdeira, o que é extensivo aos legados (15).

---

(13) Lei de 25 de Junho de 1766 § 10, Lei de 9 de Setembro de 1769 § 10, Lei de 12 de Maio de 1778, e Decr. de 16 de Setembro de 1817.—*E as mesmas Leis d'Amortisação, e prohibição de alienar, ou adquirir, herdar, ou succedêr, tanto para as Ordens em commum, como os seus individuos, ficarão em sua força e observancia para o futuro*—.

3.ª ED.

Vid. Introduc. *supra* Not. 6.

(14) Decr. de 17 de Julho de 1778, declarando o § 10 da Lei de 25 de Junho de 1766, e Ass. de 21 de Junho de 1777. Em seu dispositivo este Ass. não tem vigôr, porque refere-se á parte da Lei de 9 de Setembro de 1769, que foi suspensa.

3.ª ED.

A' esses legados de tenças vitalicias para seus alimentos limita-se a *capacidade testamentaria passiva* dos Religiosos professos, e das *Religiosas professas*; pagando 15 °/. de impôsto de transmissão, segundo as Tabellas annexas aos citados Reguls. de 1869 e 1874, qualquer que seja o grão, ou a linha, de parentêsco.

Podem recebêr taes legados em pensões de montes-pios, não procedendo aqui o Av. n. 280 de 21 de Agosto de 1874, só applicavel na successão á intestado. Vid. *supra* Not. ao Art. 982 § 1°.

(15) Lei de 9 de Setembro de 1769 § 21, revalidada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796; Ass. 1° de 29 de Março de 1770, Ass. 4° de 5 de Dezembro de 1770, Ass. 1° de 20 de Julho de 1780, e Ass. 2° de 21 de Julho de 1797.

Art. 1003. Tambem ha instituição *d'alma* no caso de sêr instituida herdeira e testamenteira alguma Ordem, Irmandade, ou Corporação (16).

3.ª ED.

Leia-se o Art. 1002 assim :—São nullas as disposições, em que fôr instituida a *Alma* por herdeira; nullas na instituição, e nos legados—. Tal é o pensamento expresso no cit. Ass. 1° de 29 de Março de 1770, e a redacção do final do nosso Art. confere com a do Art. 1015 *infra*.

Attenda-se ao tambem cit. Ass. 4° de 5 de Dezembro de 1770, que explica o Ass. 1° de 29 de Março do mesmo anno, exceptuando da nullidade os *legados já cumpridos*, e *despezas justamente feitas*, por testamenteiros de *bôa fé*. A' esta Not., pois, refiro-me na Not. ao Art. 1106 *infra*. O Dicc. Jur. de Per. e Souz. generalisa a explicação desse Ass. 4° de 5 de Dezembro de 1770 assim :—A *bôa fé* desobriga de restituir o que com ella se-despendeu—.

Attenda-se mais ao tambem cit. Ass. 1° de 20 de Julho de 1780, onde se-declarou, que, annullado o testamento por motivo da instituição da *Alma*, são successôres legitimos os parentes proximos ao tempo, em que se-defere a herança pela nullidade, e não os proximos ao tempo da morte do testadôr.

(16) Quanto á bens de raiz, a prohibição das Leis d'Amortisação, entendidas pelo § 10 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que fêz cessar o indulto do anno e dia da Ord. L. 2° T. 18. Quanto á bens em geral,—cit. Ass. 1° de 29 de Março de 1770, Decr. de 16 de Setembro de 1817. Anteriôrmente as Corporações Religiosas podião herdar—Alv. de 26 de Março de 1634, e de 2 de Maio de 1647. Note-se, que este ultimo Alv. vem citado no fim do preambulo da Lei de 25 de Junho de 1766 com a data de 2 de Março.

Procede a disposição do nosso têxto, ainda que o testadôr deixe de sua terça á corporações de mão-morta; se a deixa não fôr legado, mas quota da terça, ou dos remanescentes della.

3.ª ED.

Posto que o Ass. 1° de 29 de Março de 1770 diga—*herdeira e testamenteira*—, basta a instituição de herdeira, sem concorrêr a nomeação de testamenteira :—*em que a alma, ou qualquer Irmandade estivesse instituida herdeira*—, são as palavras confirmatorias do Ass. 4° de 5 de Dezembro de 1770.

Vid. Not. ao Art. 1055 § 1°.

Art. 1004. Mas não se-prohibe, que as Corporações de mão-morta recebão legados (17); dependendo da permissão

(17) Quanto á bens de raiz, não ha duvida, que as Corporações de mão-morta não podem sêr instituidas herdeiras, nem recebêr legados; e isto em virtude das Leis d'Amortização. Quanto á outros bens, foi o Ass. 1° de 29 de Março de 1770, que declarou a instituição das Corporações como equivalente á instituição d'alma, prohibida pelo § 21 da Lei de 9 de Setembro de 1759. Do contêxto do mesmo Ass. colhe-se não têr sido vedada a deixa de legados. Que essas Corporações podem livremente recebêr legados não consistentes em bens de raiz, confirma-se pelo Alv. de 28 de Setembro de 1810, ampliado pelo de 20 de Maio de 1811, Resol. de 13 de Dezembro de 1831, e Port. de 18 de Abril de 1837, que isentão da decima os legados deixados ás Casas de Misericordia. Ora, as Misericordias entrão no numero das Corporações de mão-morta, como provão o Alv. de 31 de Janeiro de 1775, Decr. de 15 de Março de 1800, Resol. de 4 de Dezembro de 1802, e Lei de 18 de Outubro de 1806 § 2°.

Póde a Santa Casa da Misericordia ser instituida herdeira, não obstante ser Corporação de mão-morta? Não póde ser instituida herdeira (Interpretação do Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 4° caso), mas apenas legataria.

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 13 n. 1° — São isentos do impôsto os legados de propriedade, ou usufructo, á Santa Casa da Misericordia e aos Expostos, ao Recolhimento e Hospicio de Pedro II, como partes integrantes do seu Instituto; e ao Recolhimento de Santa Thereza (Decr. cit. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6° n. 1°), com excepção dos legados pios não cumpridos (Ord. n. 90 de 18 de Agosto 1845).

« Não se-deve porém perdêr de vista (Comment. de Azev. Castro pag. 12 Not. 27) a seguinte distincção : nos legados deixados á Santa Casa onerados de certa obrigação, satisfaz ella o imposto por adiantamento, quando os legatarios não tem meios para o pagamento etc. »

Não prohibindo-se que as Corporações de mão-morta recebão legados, e havendo *instituição d'alma* (Art. 1003), quando alguma Corporação é instituida herdeira; segue-se, que Corporação legataria é alma legataria, e que alma lega-

do Corpo Legislativo, se os legados consistirem em bens de raiz (18).

Art. 1005. Os filhos illegitimos de qualquer especie podem sêr instituidos herdeiros por seus pais em testamento, não havendo herdeiros necessarios (19).

Art. 1006. São herdeiros necessarios os descendentes, e os ascendentes, capazes de succedêr á intestado; nos termos dos Arts. 959 §§ 1º e 2º, 961, e 963 (20).

---

taria é *pessôa*. Sobre esta ultima conclusão não haja duvida, porque as *pessôas* são *representantes* ou *representadas*, não deixão de ser *pessôas* pela dependencia de uma representação necessaria. Insisto nesta verdade, porque em Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 1º § 19 n. 15 lê-se, que—*a alma não se-pode considerar pessôa*— .

(18) Cit. Leis d'Amortização. Vid. Nots. ao Art. 69.

Quid, deixando-se legados á Corporações de mão-morta estrangeiras? Respondi, que regia do mesmo modo a disposição do têxto.

(19) Decr. de 11 de Agosto de 1831.

(20) Quanto aos descendentes legitimos—Ord. L. 4º T. 82 princ., e § 4º. Quanto aos ascendentes—Ord. L. 4º T. 82 § 4º, e T. 91 § 1º. Quanto aos filhos naturaes—Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847, e Ord. L. 4º T. 92 princ.—*herdarão os naturaes todos os bens, e herança, de seu pai, salvo a têrça, se o pai a-tomar:—e virão á sua herança igualmente com os filhos legitimos* —.

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 3º —São *herdeiros necessarios* os descendentes, e ascendentes, successiveis *ab intestato* (Decr. n. 1343 de 8 de Março de 1854, e n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 3º).

Em suas Tabellas esse Regul. de 1874, e o precedente n. 4355 de 17 de Abril de 1869, assim dispõem :—Em linha recta,*sendo herdeiros necessarios* 1/10 %, *não sendo necessarios* 5 %—. Desta redacção não se-conclúa, que na linha recta, qual a dos descendentes e ascendentes, ha herdeiros não necessarios. Ahi juntarão-se os dois casos de pagamento do impôs-

Art. 1007. Os filhos illegitimos successiveis (não havendo filhos legitimos) tem sua filiação provada com o reconhecimento paterno em testamento, do mesmo modo que em escriptura publica (21).

Art. 1008. Os herdeiros necessarios tem direito á duas partes dos bens do testadôr, que só póde dispôr da sua

---

to, sem testamento na successão forçada, e com testamento na livre da terça ou dos legados. Neste ultimo caso os consanguineos em linha recta não succedem como herdeiros necessarios. Vid. Nots. ao Art. 959 §§ 1º e 2º *supra*.

Cits. Reguls. de 1869, e de 1874 Art. 30 — A disposição do Art. 7º do Regul. de 15 de Dezembro de 1860 não é applicavel aos inventarios, em que só houvérem *herdeiros necessarios*. Vid. Not. ao Art. 1144 *infra*.

(21) Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 Art. 3º. Já se-disse na Not. ao Art. 962, que a prova do reconhecimento paterno em testamento é impropria do caso, em que os filhos illegitimos concorrem com os legitimos, porque o Art. 2º do Decr. quer a prova de escriptura publica celebrada antes do casamento do pai. Se foi acertada, como disse na Not. ao Art. 964, a decisão da Ord. n. 180 de 13 de Julho de 1849 quanto á successão *ab intestato* do filho natural reconhecido em escriptura publica; o mesmo não direi quanto á sucessão testamentaria, cuja hypothese resolve-se por modo inverso. A Resol. de 2 de Julho de 1819 e a Ord. de 19 de Dezembro de 1839 prevalecem em ambos os casos. Se basta a declaração do pai, ella tem o mesmo valôr, ou feita em escriptura, ou em testamento. Nada importa, que se-herde por força da instituição testamentaria. Para não pagar-se o impôsto, deve-se mostrar a qualidade de *descendente successivel*.

Na expressão—*testamento*—, o Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847 abrange qualquer disposição legal de ultima vontade, e portanto o testamento nuncupativo e o codicilo? Sim: Vid. Not. ao Art. 212 *supra*.

Não abrange porém as cartas de consciencia (Art. 1083 *infra*), que são apenas toleradas.

3.ª ED.

Veja-se o Art. 4º do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, transcripto *supra* Not. ao Art. 964.

terça. Devem sêr instituidos, ou desherdados, expressamente (22).

---

(22) Ord. L. 4° T. 82 princ., e § 4°, e T. 91 § 1°.

—*Que só póde dispôr da sua terça*—. Se o defunto não dispuzér da sua terça, ou della não dispuzér em sua totalidade; os herdeiros necessarios a-accumulão ás suas legitimas, ou o que restar—Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 349—.

3.ª ED.

A parte final deste Art. 1008 não exclúe a exactidão da doutrina do Direito moderno, ensinada por quasi todos os Autôres, que a Miscell. de Rodrigues pag. 176 assim reproduz:—*Instituição de herdeiro* não é solemnidade intrinseca dos testamentos, nossas leis não prohibem ao testadôr distribuir sua herança em legados.— A definição de—*codicillo*—na Ord. L. 4° T. 86 princ. (Art. 1077 *infra*) não obriga á entendêr, que a instituição de herdeiro é solemnidade intrinseca do—*testamento*—. Vid. Not. ao Art. 1077 *infra*.

Distribuida a herança em legados, e quando ha dois ou mais legatarios, os legados são independentes entre si; caducão, se não são aceitos, e não ha caso para o *direito de accrescêr*, á menos que o disponente confira expressamente tal direito.

No caso proprio do *direito de accrescêr*,—o de *collegatarios* de uma só cousa; tal direito presume-se conferido pelo disponente, se a cousa é *indivisivel*, não assim se a cousa deixada em commum é divisivel. Esta hypothese equivale á de legados entre si independentes.

« Desherdando o avô ao filho (Dig. Brazil. Not. pag. 136), deve instituir o neto, filho desse mesmo filho. » Sem duvida, se o avô não desherdar tambem á esse neto.

Legitima—é o nome das duas partes dos bens, que a lei reserva para os *herdeiros necessarios*, que porisso tambem se-chamão *herdeiros legitimarios*—*herdeiros reservatarios*.

Que só póde dispôr da sua terça—. As legitimas não podem ser clausuladas por *condições*, nem oneradas por *encargos*; porém nos limites da terça (como em toda a herança, quando não ha herdeiros necessarios), é licito ao testadôr dispôr com as condições, e encargos, que quizér, uma vêz que não sejão *impossiveis*, *tôrpes*, ou *irrisorias*. Á estas ultimas dá-se a qualificação de *ineptas*, *futeis*, *inuteis*, *frivolas*, e *exoticas*; e reputão-se não escriptas, sem que resulte nullidade, como á

Art. 1009. Se o testadôr, sabendo que tinha herdeiros necessarios, não os-instituir expressamente, nem desherdar, dispondo somente da têrça; ha uma instituição tacita, e valerá o testamento quanto á disposição da terça (23).

Art. 1010. Se o testadôr dispozér de toda a herança, preterindo os herdeiros necessarios, de cuja existencia sabia, o testamento será nullo quanto á instituição; mas serão validos os legados, que coubérem na terça (24).

---

respeito dos morgados determinava a Lei de 3 de Agosto de 1770 § 10. Estão neste caso, e não vicião o testamento:

A *constituição contumeliosa*, isto é, reprehendendo ou censurando ao instituido, e applicando-lhe nomes affrontosos:

A *instituição captatoria*, isto é, feita por quem pretende havêr a herança de outro, enunciando tal intenção por qualquer modo.

(23) Ord. L. 4° T. 82 princ.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 82 § 1°.

Procede o dispôsto nesta Ord. em todos os casos de têr excedido o testadôr as forças da terça; ou as legitimas sejão fraudadas no todo, ou em parte; ou haja instituição de herdeiros estranhos, ou a herança, ou a terça, seja distribuida em legados.

Se as legitimas são fraudadas no todo (é a hypothese do nosso texto), os herdeiros prejudicados tem direito de exigi-las por inteiro; se são fraudadas em parte, tem direito de exigir supplemento—LL. 30, 34, e 36, Cod. *de inoff. testam.* Em ambos os casos, as disposições testamentarias só prevalecem dentro das forças da terça, e portanto devem sêr reduzidas.

Como reduzi-las, se fôrem dôis, ou mais, os beneficiados, ou legatarios? Ratêia-se por todos proporcionalmente o *deficit* das legitimas, á menos que o testadôr tenha declarado, que alguns sejão satisfeitos com preferencia, descontando-se nos outros em primeiro logar. Tal é a solução de Lobão Obrig. Recipr. § 405., Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° ns. 1660 e 1661, Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 352, e do Cod. Civ. Fr. Arts. 926 e 927. Esta solução generica, posto que semelhante á da Ord. L. 4° T. 65 § 2° (Consolid. Art. 141), não é satisfatoria. Cumpre distinguir entre legados de cousas fungiveis,

Art. 1011. A mesma determinação se guardará, quando o testadôr desherdar os herdeiros necessarios sem declaração de causa legitima (25).

Art. 1012. Declarando o testadôr a causa da desherdação, incumbe ao herdeiro instituido provar a legitimidade, e veracidade, da causa declarada; e, provando-a, o testamento será valido (26).

---

e não fungiveis; por outra, entre legados de corpos certos, e de cousas indeterminadas, ou quantidades. Os legados de corpos certos não entrão em ratêio com os outros legados para reparar o desfalque das legitimas fraudadas. Assim opina Pothier *Trait. des donat. testament.* Cap. 4º § 5º.

As legitimas tambem podem sêr defraudadas pelo modo, que vêr-se-ha na Not. ao Art. 1142, por doações do marido á molhér—Arts. 139 á 142 Consolid., por legados de alforria —Not. ao Art. 1131 *infra*, e pelos dotes ou doações dos ascendentes aos descendentes—Arts. 1197 á 1204 *infra*.

Pelos mesmos modos o testadôr póde fraudar a meação do conjuge sobrevivente.

É applicavel a disposição do nosso texto na parte, em que declara validos os legados, que coubérem na terça, quando o testadôr, tendo deixado alguns legados, institúe herdeiro para o remanescente.

Esse herdeiro do remanescente é legatario, se o testadôr tem instituido herdeiro para os dois terços, ou outra parte de seus bens.

3.ª ED.

Se o testadôr institúe herdeiro universal, com legados ou sem elles, preterindo os herdeiros necessarios, como no caso da Not. ao Art. 966 sobre a preterição da mãi binuba, ou do pai binubo, prevalece a instituição em toda a têrça, não havendo legados; e no remanescente della, havendo legados.

(25) Ord. L. 4º T. 82 § 1º.

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 82 § 2º.

3.ª ED.

A reconciliação do testador com o desherdado não invalida a desherdação. Deve-se provar revogado o acto, em que a desherdação foi feita—Alm. e Souz. Obrig. Recipr. § 377.

Art. 1013. Não sendo provada pelo herdeiro instituido a causa da desherdação, o testamento será nullo, e haverá o desherdado sua legitima; mas subsistirão os legados, que coubérem na terça (27).

Art. 1014. Se os herdeiros necessarios forão preteridos pelo testadôr em razão de suppô-los mortos, em tal caso será inteiramente nullo o testamento; assim na instituição, como nos legados (28).

---

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 82 § 2º.

3.ª ED.

Dizendo esta Ord. L. 4º T. 82 § 2º, quanto ao desherdado —e *haverá* o filho toda a herança do pai, ou mãi, se a-quizér *havêr*— ; não é aceitavel a Not. de Gouv. Pint. Testam. Cap. 17, seguida pelo Dig. Brazil. pag. 136, sobre ficar a herança na posse do desherdado, emquanto o herdeiro instituido prova a causa da desherdação.

Não segue-se desta minha discordancia, que a herança deva ficar na posse do herdeiro instituido, porquanto a mesma Ord. tambem diz:—se o herdeiro instituido no testamento quizér *havêr* a herança—. Fiquem os respectivos bens da herança em deposito, na posse do inventariante, ou de outrem, até que se-decida o litigio da desherdação. Que o herdeiro instituido deve logo entrar na posse da herança no caso do Art. 1017, se a desherdação disputada em vida do pai foi julgada procedente, não é objecto de duvida.

(28) Cit. Ord. L. 4º T. 82 § 3º.

Como os filhos naturaes são herdeiros necessarios de sua mãi (Art. 1006 *supra*), póde-se dar o caso de a-preterirem, por não a-conhecêrem em razão de terem sido baptisados como filhos de mãi incognita.

Será applicavel neste caso a cit. Ord. L. 4º T. 82 § 3º, se a maternidade fôr provada em Juizo, para o effeito de julgar-se a nullidade do testamento na instituição, e nos legados?

Nos casos, que esta Ord. póde comprehendêr, ha uma questão de facto, que vem á sêr a supposição do fallecimen-

Art. 1015. Tambem será nullo o testamento na instituição, e nos legados; se depois delle sobrevêio ao testadôr algum filho legitimo, ou se o-tinha e não era disso sabedôr, sendo tal filho vivo ao tempo do fallecimento do memo testadôr (29). (Art. 1°)

---

to dos herdeiros necessarios; e á quem incumbe a prova deste facto? Ao herdeiro instituido, ou ao herdeiro necessario preterido?

É fóra de duvida, que a cit. Ord. procede, ainda que os legados sejão de alforrias; quero dizêr, que, rôto o testamento, não prevalecem as alforrias nelle deixadas.

(29) Ord. 4° T. 82 § 5°.

Tenho por evidente, que esta Ord. procede, quando ao testadôr sobrevem filho natural, que elle reconhece em fórma legal.

« Mas depois da Lei (Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 26) parece, que não póde havêr duvida em respondêr pela nagativa; porquanto, se o filho natural não póde succedêr ao pai, sem que por este se-ache devidamente reconhecido, é evidente, que para a successão a sua existencia não data da concepção, ou do nascimento, e sim exclusivamente do acto do reconhecimento; cessando porisso totalmente o fundamento, e a presumpção do Direito, e a disposição da Ord. L. 4° T. 82 § 5°, que de nenhum modo se-póde mais applicar á tal filho. »

E' manifesto o engano desta solução, porque, no caso do testamento rôto pela superveniencia de filhos nada importa a época da concepção, ou do nascimento; e portanto tambem não importa a época do reconhecimento do filho natural, que sobreveio ao testadôr. O effeito da cit. Ord. verifica-se depois do fallecimento do testadôr, e vem á sêr o mesmo ter elle deixado filho legitimo, ou filho natural reconhecido legalmente.

Teria havido confusão com o outro caso dessa Ord. L. 4° T. 82 § 5°, que é o do *filho posthumo?* Não podemos acreditar, uma vêz que este outro caso é impossivel á respeito do filho natural reconhecido. Havendo reconhecimento, o pai sabia da existencia do filho; e o segundo caso da Ord. é, que o pai não sabia.

3.ª ED.

« A impossibilidade, que suppõe o Autôr (Rebouças Observ. pags. 134 e 135), dar-se-hia no caso, em que o pai natural, por ulteriôr testamento tivesse reconhecido o filho pela razão de ficar porisso mesmo derogado o testamento preexistente. Não assim, se o reconhecimento não fôr por um novo testamento, senão por escriptura publica; sem que comtudo o pai, que assim reconheça o filho, tenha aberto, e inutilisado, o seu preexistente testamento cerrado, etc. »

Não entendo esta observação. Subsiste o censurado engano, e com novas ambages. Se o segundo caso da Ord. L. 4° T. 82 § 5° é o do posthumo, caso em que o pai testadôr não sabia da existencia do filho; não vem á esse caso, não desvanece a impossibilidade arguida, o reconhecimento paterno em testamento ulteriôr, ou em ulteriôr escriptura publica. Porque distinguir, nesta hypothese impropria, entre as duas formas de ulteriôr reconhecimento paterno? Mesmo no primeiro caso da Ord. L. 4° T. 82 § 5°, o de ruptura do testamento por superveniencia de filho nascido em vida do pai testadôr, a impropriedade da objectada hypothese mostra-se com evidencia. O effeito da cit. Ord. § 5°, repito, verifica-se depois do fallecimento do pai testadôr, porque antes do fallecimento não ha testamento com efficacia. A especie de testamento ulteriôr, derogando o preexistente, e reconhecendo o filho, ou a de ulteriôr escriptura publica nas mesmas circumstancias, tira-nos do § 5° da cit. Ord. L. 4° T. 82 para o § 1° della. No caso deste § 1° o effeito é diverso, porque o testamento só é nullo na instituição; porém não nos legados, que coubérem na terça (Art. 1010 *supra*).

E' pois exacta a Not. do Dig. Brazil. pag. 136 nestes termos:— Se porém o testadôr sabia, quando fêz o testamento, que a molhér estava gravida, então, vindo o posthumo, não são nullos os legados, que coubérem na terça.

Nessa mesma Not. do Dig. Brazil. pag. 136 lê-se tambem: —Advertem os DD., que, se a molhér ficar gravida, e o testadôr o-ignorava, rompe-se ou annulla-se o testamento; comtanto que o parto venha á luz vivo, *e em tempo habil*, como setimo, nôno, ou decimo, mêz: porém, se nascêr no oitavo mêz, só será successivel, se-precederem os signaes e dôres do parto, ainda que môrra pouco depois de nascido; mas, *se fôr tirado á força, aberto o ventre*, então não é successivel, ainda que saia vivo. Tambem se-reputa successivel o que nascêr até o setimo dia depois do decimo mêz—.

Art. 1016. São causas legitimas para desherdação dos descendentes por seus ascendentes (30) : (Art. 982 § 4°)

§ 1.° Se os descendentes por qualquer modo attentárão contra a vida dos ascendentes, ou derão para tal fim conselho, favôr, ou consentimento (31) :

§ 2.° Se irosamente lhes-puzerão as mãos (32) :

§ 3.° Se gravemente os-injuriárão, tanto mais em logar publico (33) :

§ 4.° Se tivérem cópula carnal com a madrasta, ou concubina, do pai; ou com o padrasto, ou mancebo, da mãi (34) :

§ 5.° Se accusárão criminalmente aos ascendentes, ou delles denunciárão ; com damno de suas pessoas, e bens (35):

§ 6.° Se os-impedirão de fazêr testamento (36) : (Arts. 982 § 3°, e 1028 á 1031)

Esta advertencia dos DD. liga-se ao Art. 1° *supra* sobre os *nascituros*, e póde sêr aceita com estas duas rectificações : 1.ª Quanto ao *tempo habil do nascimento*, presumindo-se de déz mêzes o maximo tempo da duração da prenhêz, e de seis mêzes o minimo, á contar retrogradamente do dia do nascimento : 2.ª Quanto ao *modo do nascimento*, não distinguindo-se entre o nascimento espontaneo, e o conseguido por *operação cesariana*, comtanto que seja com vida. Do *tempo habil do nascimento* depende a legitimidade do filho, a certeza da paternidade, pela conhecida regra —*pater est quem nuptiæ demonstrant*—.

Vid. Not. ao Art. 1142 *infra* sobre *testamento rôto* por *agnação do posthumo*.

(30) Ord. L. 4° T. 88 § 18.
(31) Cit. Ord. L. 4° L. 88 §§ 8° e 9°.
(32) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 4°.
(33) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 5°.
(34) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 10.
(35) Cit. Ord. L. 4° T. 88 §§ 6° e 11.
(36) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 13.

§ 7.° Se desampararão os ascendentes, que cahirão em alienação mental, não lhes-prestando os soccorros precisos durante a enfermidade (37) : (Art. 982 § 7°)

§ 8.° Se a filha-familias, antes de têr vinte e um annos, deixou-se corrompêr tendo cópula com algum homem (38) : (Art. 982 § 8°)

§ 9.° Se o filho-familias em qualquer idade, e a filha-familias antes dos vinte e um annos, casarem sem consentimento dos pais, ou supprimento deste pelo Juiz na fórma do Art. 105 (39). (Arts. 101, 102, 103, e 982 § 8°)

Art. 1017. O pai em sua vida póde intentar acção para se-declarar a filha incursa na pena de desherdação, pôsto que o effeito desta só se-verifique depois da morte; e seja revogavel, quando o pai póde perdoar a injuria (40). (Art. 982 § 4°)

Art. 1018. São causas legitimas para desherdação dos ascendentes por seus descendentes (41) : (Art. 982 § 4°)

§ 1.° Se os ascendentes por qualquer modo procurárão a morte dos decendentes (42) :

---

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 88 §§ 14 e 15.

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 1°, Lei de 19 de Junho de 1775 § 4°, e Ass. 5° de 9 de Abril 1772 § 2°, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776.

(39) Cit. Ord. L. 4° T. 88 § 1°, Lei de 19 de Junho de 1775 § 5°, Lei de 29 de Novembro do mesmo anno, cit. Ass. 5.° de 9 de Abril de 1772, e Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6°. Vid. Not. ao Art. 105.

(40) Ass. 4° de 20 de Julho de 1780.

3.ª ED.

Vide Not. ao Art. 1013.

(41) Ord. L. 4° T. 89 § 8°.

(42) Cit. Ord. L. 4° T. 89 § 1°.

§ 2.° Se tivérão cópula carnal com a nora, ou concubina do filho, ou com o genro, ou mancebo da filha (43):

§ 3.° Se impedirão os descendentes de fazêr testamento (44): (Arts. 982 § 3°, e 1028 á 1031)

§ 4.° Se o pai attentou contra a vida da mãi do filho, ou a mãi fêz o mesmo contra o pai (45):

§ 5.° Se os ascendentes abandonárão os descendentes affectados de alienação mental, recusando prestar-lhes soccorros (46). (Art. 982 § 6°)

Art. 1019. O irmão póde preterir seus irmãos, ou desherdal-os sem causa alguma; e não se-permitte aos desherdados contradizêr a desherdação, e por tal motivo annullar o testamento (47).

Art. 1020. Se porém o irmão instituir por herdeiro pessôa vil, e de máos costumes, poderá o irmão desherdado demandar a revogação do testamento (48).

---

(43) Cit. Ord. L. 4° T. 89 § 2°.
(44) Cit. Ord. L. 4° T. 89 § 3°.
(45) Cit. Ord. L. 4° T. 89 § 4°.
(46) Cit. Ord. L. 4° T. 89 § 5°.
(47) Cit. Ord. L. 4° T. 90 princ.
(48) Cit. Ord. L. 4° T. 90 § 1°.
« As palavras da Ord. (Rebouças Observ. á este Art.) são estas:—Quando o irmão testadôr fizér herdeiro pessôa infame de infamia de direito, ou de feito, como se o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons por vil, e torpe, e de máos costumes por ser bebado, taful, ou de outra semelhante torpêza—. Bem sevê pois, que é demasiadamente escasso o transumpto desta lei no Art. acima expôsto.»

Como escasso, se hoje não ha infamia de direito, e se as palavras—*de máos costumes*,—comprehendem os bebados, jogadores, vadios, e quaesquer pessoas de máo procedimento? Se me-engano, ahi está a letra da Ord.

A' esta acção do irmão preterido no testamento dá-se o nome de—*querela de testamento inofficioso*—.

Art. 1021. Esta acção do irmão desherdado não tem logar:

§ 1.° Sendo elle tambem de máos costumes, e tão vil, e tôrpe, como o herdeiro instituido (49):

§ 2.° Tendo por qualquer modo procurado a morte do testadôr (50):

§ 3.° Tendo adulterado com a molhér do testadôr (51):

§ 4.° Tendo-o accusado criminalmente (52):

§ 5.° Se lhe-procurou a pêrda de todos, ou da maior parte de seus bens (53).

Art. 1022. O herdeiro instituido, quando o testadôr não nomeou para os bens aforados nos termos do Art. 637, subentende-se nomeado para igualmente succedêr nesses bens, não obstante a falta de nomeação expressa (54).

Art. 1023. Sendo muitos os herdeiros instituidos, collateraes, ou estranhos, todos se-entendem nomeados, comtanto que os bens não se-retalhem na partilha (55).

Art. 1024. Se os instituidos fôrem descendentes, ou ascendentes, pôsto que a têrça seja deixada á outrem, observar-se-ha a regra de successão estabelecida no Art. 976 (56).

Art. 1025. Os herdeiros escriptos, do mesmo modo que os legitimos, tem nos bens da herança a posse civil, de que trata o Art. 978, com todos os effeitos da posse natural (57).

---

(49) Ord. L. 4° T. 90 § 1°.
(50) Cit. Ord. L. 4° T. 90 § 2°.
(51) Cit. Ord. L. 4° T. 90 § 2°.
(52) Cit. Ord. L. 4° T. 90 § 2°.
(53) Cit. Ord. L. 4° T. 90 § 2°.
(54) Ord. L. 4° T. 36 princ.
(55) Cit. Ord. L. 4° T. 36 § 1°.
(56) Cit. Ord. L. 4° T. 36 § 3°.
(57) Alv. de 9 de Novembro de 1754.
Não estão no mesmo caso os legatarios, que não adquirem a posse do legado logo dêsde o fallecimento do testadôr, se

Art. 1026. Esta posse civil não impede a arrecadação da herança, como no caso do Art. 981, verificando-se as circumstancias do Art. 1232 (58).

Art. 1027. Para mantêr a liberdade das disposições de ultima vontade devem os Juizes intervir *ex-officio*, logo que lhes-conste deixar alguem de fazêr testamento por coacção de qualquer natureza (59).

Art. 1028. Impedir alguem de fazêr testamento não é somente tolhêr a faculdade de livremente testar, senão tam-

---

bem que dêsde o fallecimento do testadôr adquirem a propriedade do legado—L. 80. Dig. *de legat.*, L. 5 § 1°, e L. 21 Dig. *quand. dies legator.*—

Isto, quando o legado é puro e simples; porque, sendo condicional, o legatario não adquire a propriedade senão depois de cumprida a condição—L. 5ª § 2° Dig. *quand. dies legator.*—.

Para bem percebêr esta regra da acquisição dos legados, é necessario distinguir a natureza dos objectos, em que consistem. Se o legado é de cousa não fungivel (corpo certo), e portanto susceptivel de sêr reivindicada; o legatario adquire o dominio della dêsde o fallecimento do testadôr, e póde intentar acção de reivindicação contra o possuidôr—L. 80 Dig. *de legat.* Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° n. 1751—.

Se porém o legado é de cousa fungivel (indeterminada, ou quantidade), bem se-vê, que o legatario não adquire dominio, senão unicamente o direito de exigir a entrega, ou o pagamento, do legado—LL. 26 § 2° e 27 Dig. *de legat*—. Este pagamento, na praxe do nosso Fôro, demanda-se por assignação de déz dias, quando o legado é de quantia liquida de dinheiro —Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° n. 1752—.

Quanto ao tempo, em que adquirem liberdade os escravos libertados em testamento—Not. ao Art. 1131 *infra*.

Quanto á acquisição de legádos consistentes em prestações annuas—Not. ao Art. 1135 *infra*.

3ª. ED.

Vide Not. da 3.ª Ed. ao Art. 978.

(58) Vid. Not. ao Art. 1232.

(59) Ord. L. 4° T. 84 § 5°.

bem desviar o Tabellião escriptôr do testamento, e as testemunhas chamadas para o acto; vedando-lhes a entrada, e fazendo-lhes sobre isso ameaças (60).

Art. 1029. Aquelle, que por meio de força, ameaças, ou engano, impedir o testadôr de deixar herança, ou legado, á outrem, pagará em dôbro o prejuizo causado (61).

---

(60) Cit. Ord. L. 4° T. 84 § 1°.

(61) Cit. Ord. L. 4° T. 84 § 3°. Como se-liquidará semelhante prejuizo? Supprimi por inutil a disposição da segunda parte do § 4°.

« Como se-liquidará (Rebouças Observ. á esta Not.) semelhante prejuizo? Do mesmo modo por que se-provar, que houve emprego de força, medo, ou engano. »

« E tanto menos difficilmente, quanto se-teria de procedêr á uma liquidação semelhante ás que se-seguem ás petições de heranças *ad instar* do dispôsto na Ord. L. 3° T. 66 § 2°, e no Ass. de 5 de Abril de 1770; e ainda menos difficil se-antolha, comparando-se o objecto dessa liquidação ao de qualquer na generalidade sobre prejuizos, perdas, damnos, e lucros cessantes, versando conjecturalmente no que se-poderia lucrar, e não lucrou; se-poderia ganhar, e perdeu. »

« A disposição da segunda parte do § 4° da Ord. L. 4° T. 84, que a Not. diz, que supprimio por inutil, é esta: etc. Bem se-vê pois, que tal inutilidade não ha em uma disposição conforme á benevolencia reciproca dos casados, e que providencía contra algum desalmado, que não duvidasse abalançar-se, faltando essa excepção expressa, á comprenhendêr os proprios conjuges na regra geral. Quanto mais, que não está no programma da Consolidação das Leis Civis supprimir alguma disposição dellas por inutil. »

Concordo, em que tal liquidação não é impossivel. Quanto á inutilidade da segunda parte do § 4° da Ord. L. 4° T. 84, não concordo na censura. Palavras brandas de um conjuge, para aplacar o animo do outro, não constitúem força, ameaças, ou engano. Póde sêr, que algum desalmado se-abalance á demandar a nullidade de testamentos de conjuges em favôr de seus consortes, sem para isto havêr causa legal; mas tambem póde sêr, que taes testamentos sejão effeito da coacção, ou do dolo, do conjuge beneficiado. Não é exacto dizêr, que os conijuges não estão comprehendidos na regra geral. Ao contraro,

Art. 1030. Será nullo o testamento provando-se, que o testador fôra constrangido á fasel-o por força, ou por ameaças (62).

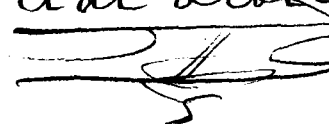
Art. 1031. Tambem será nullo, se o testadôr quiz revoga-lo, e foi impedido pelos herdeiros instituidos (63).

Art. 1032. Julgada a nullidade do testamento, o herdeiro não deve entrar na posse da herança, sem que precêda liquidação dos respectivos bens; averiguando-se a quantidade, e a identidade, delles (64).

Art. 1033. Exceptuão-se aquelles bens, que por inventario, ou por outros documentos authenticos, constar pertencêrem á herança (65).

---

estão comprehendidos; porque o dolo, e a coacção (qual se-qualifica em Direito), annulla qualquer acto juridico, seja quem fôr o autôr de taes vicios. Supprimi pois o que podia supprimir, por sêr inutil.

3.ª ED.

Até que ponto a *captação*, e as *suggestões*, vicião as disposições de ultima vontade, depende das circumstancias, que em cada um dos casos occurrentes incumbe aos Juizes aquilatar discretamente. São inuteis as regras para tal assumpto.

(62) Ord. L. 4° T. 84 § 3° *in fin.*, e § 4°. Tambem póde têr logar, segundo as circumstancias, o procedimento criminal nos termos do Art. 180 do Cod. Pen.

(63) Cit. Ord. L. 4° T. 84 § 2°.

(64) Ass. 2° de 5 de Abril de 1770. As petições de herança são acções universaes, como diz o Ass., e tambem a Ord. L. 3° T. 66 § 3°.

(65) Cit. Ass. 2° de 5 de Abril de 1770.

CAPITULO III

Das substituições

Art. 1034. Substituição é a instituição de herdeiro feita pelo testadôr em segundo gráo (1).

Art. 1035. A substituição póde sêr vulgar, reciproca, pupillar, exemplar, ou compendiosa (2).

Art. 1036. Ha substituição vulgar, quando o testadôr dispõe, que alguem seja seu herdeiro, se o não fôr o herdeiro instituido (3).

Art. 1037. O herdeiro substituto em tal caso terá direito á herança, sendo que o herdeiro instituido não queira, ou não possa, acceita-la (4).

Art. 1038. As duas contingencias de não querêr, ou de não podêr, o herdeiro instituido aceitar a herança sempre se-subentendem em favôr do substituto, ainda que o testadôr só tenha feito menção de uma dellas (5).

Art. 1039. Tanto que o herdeiro instituido aceitar a herança, logo expira a substituição vulgar (6).

Art. 1040, Revive perém o direito do substituto, não obstante a aceitação da herança:

---

(1) Ord. L. 4° T. 87 princ.

3.ª ED.

Esta definição da—*substituição*—é *nominal* (definição do nome, segundo os Logicos). A *definição real* (definição da cousa) só pode sêr a da—*substituição fideicommissaria*—. Vid. Not. ao Art. 1052 *infra*.

(2) Cit. Ord. L. 4° T. 87 princ.
(3) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 1°.
(4) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 1°.
(5) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 2°.
(6) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 3°.

§ 1.° Quando o herdeiro, que aceitou a herança, fôr menor ou filho-familias, instituido por seu pai, os quaes tem privilegio para renunciar a herança depois de a-terem aceitado (7):

§ 2.° No testamento militar, onde se-fizér substituição tambem militar, a qual em todo o tempo aproveitará ao substituto (8).

Art. 1041. Ha substituição reciproca, quando o testadôr institúe muitos herdeiros; e dispõe, que se-substituão entre si reciprocamente, succedendo uns aos outros (9).

Art. 1042. A substituição reciproca toma a natureza de substituição vulgar, se os herdeiros instituidos, e reciprocamente substituidos, não são filhos do testadôr, ou passão da idade pupillar (10).

Art. 1043. Se os herdeiros instituidos fôrem todos pupillos filhos do testadôr, a substituição reciproca entre elles inclúe a substituição pupillar (11).

---

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 3°.—Um dos effeitos do beneficio de restituição, de que gozão os menores; e limitação da regra—*hæreditas semel adita amplius repudiare non potest*—.

3.ª ED.

Esta negra—de não podêr-se repudiar a herança adida—só procede na *adição expressa* do Direito Romano, e não na *tacita adição* do Alv. de 9 de Novembro 1754 (Arts. 978, e 1025, *supra*). Antes de qualquer acto expresso, que denote perseverar na *tacita adição* da herança, pode o herdeiro repudial-a, assignando termo de *abstenção de herança*. Nisto converte-se o chamado *beneficio* ou *direito de deliberar*. Vid. Not. ao Art. 978 *supra*.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 4°.
(9) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 5°.
(10) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 6°.
(11) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 6°.

Art. 1044. Fallecendo qualquer dos instituidos, depois de sêr herdeiro, dentro da idade pupiliar; lhe-succederá o outro filho co-herdeiro, posto que já não pupillo, porém maior (12).

Art. 1045. Ha substituição pupillar, quando o pai testadôr, instituindo herdeiro ao filho sob seu podêr, nomêa-lhe substituto para o caso de fallecêr dentro da pupillar idade (13).

Art. 1046. Para valêr a substituição pupillar, não basta instituir herdeiro; é necessario, que o instituido aceite a herança (14).

Art. 1047. Logo que o filho instituido chegar á quatôrze annos, e a filha á dôze annos, expira a substituição pupillar (15).

Art. 1048. Bastará, que esses filhos pupillos entrem no ultimo dia do anno, em que termina a pupillar idade, posto que o anno não esteja terminado (16).

Art. 1049. O pai tambem póde fazêr *codicillos pupillares*, nos quaes ordene, que, fallecendo o filho dentro da pupillar idade, o herdeiro, que lhe houvér de succedêr á intestado, restitúa os bens do pupillo á pessoa determinada (17).

---

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 6°.
(13) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 7°.—Não se-póde, portanto, fazêr esta substituição ao filho já emancipado por algum dos meios do Art. 202.
(14) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 8°.
(15) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 9°.
(16) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 9°.
(17) Cit. Ord. L. 4° T. 87 § 10.

3.ª ED.

Sobre os *codicillos* vejão-se os Arts. 1077, 1078, e 1079, *infra*, e suas Nots.

« *Testamento* (Gouv. Pint. Testam. Cap. 28 Not.) era o *Codex* grande, e *Codicillo* era como uma diminuição de *Codex*—um pequenino testamento, etc. »

Art. 1050. Em tal caso, o herdeiro á intestado do pupillo restituirá a herança á quem o pai tivér designado (18).

Art. 1051. Ha substituição exemplar, quando os ascendentes, tendo descendentes impossibilitados de fazêr testamento por loucura, ou por outro impedimento natural, os instituem com a declaração de sêrem substituidos por certo herdeiro, sendo que falleção durante o impedimento (19).

Art. 1052. Ha substituição compendiosa, quando o testadôr designa o herdeiro, que deve substituir ao herdeiro instituido, se este viér á fallecêr (20).

Aproveito porém a occasião para observar, que *Codex* em portuguêz verte-se por *Codice*, e não por *Codigo*. No *Corpus Juris* o *Codex* corresponde em portuguêz á *Codice*, e não á *Codigo*.

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 87 § 10.

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 87 § 11.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 87 § 12. Esta substituição chama-se *compendiósa*, porque comprehende a *substituição vulgar*, e a *substituição fideicommissaria* ; de modo, que não ha substituição compendiósa, sem que seja fideicommissaria; mas a substituição póde sêr fideicommissaria sem que seja compendiósa. Assim acontece, se o testadôr dá substituto ao herdeiro instituido, quando este fallecêr depois de têr aceitado a herança ; e não para o caso de não querêr, ou de não podêr, o herdeiro instituido aceitar a herança.

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 6º—O fiduciario e o fideicommissario pagarão a taxa correspondente ao gráo de seu parentêsco com o testadôr, sendo porém devida a correspondente ao gráo de parentêsco entre os mesmos fiduciario e fideicommissario, quando este apenas tivér direito ao que restar, por sêr facultado á aquelle o direito de dispôr (Ord. n. 289 de 12 de Outubro de 1870.)

Cit. Regul. de 1874 Art. 31 § Un.—Os juros, no caso de *fideicommisso*, são devidos depois de um anno, contado do dia, em que a propriedade passar do dominio do fiduciario para o do seu successôr.

CAPITULO IV

Da forma dos testamentos

Art. 1053. O testamento é de quatro especies, á saber: (1)

Antes destes Reguls. veja-se a Ord. n. 289 de 12 de Outubro de 1870, com referencia á de n. 136 de 28 de Maio de 1864, para não havêr confusão entre *fideicommisso e usufructo*. Na Ord. cit. de 1864 dá-se noticia da regra tão repetida pelos antigos DD.—*os que estão na condição não estão na disposição*—, cuja energia (Troplong Testam. n. 108) limita-se á operar o que chama-se—*privatio puritatis,—privação da puridade*—. O que denota porém esse misterioso effeito, cujo alcance não será talvez tão limitado, como pareceu ao doutissimo Troplong? Denota ao menos, que o herdeiro ab intestado, ou o testamenteiro, e mesmo o fiduciario substituido, não tem os merecimentos do fideicommissario. O fiduciario é um simples mandatario, um intermediario, para não dizêr pontifice, á quem (como que para compensar a *privação de puridade*) deu-se a *quarta falcidia*, e a *quarta trebelianica*, que não se usão entre nós.

O que á cima lê-se da 2.ª Ed. sobre a *substituição fideicommissaria* concilia-se agora perfeitamente com a Not. 50 ao Art. 1077 *infra*, de onde consta, que a *substituição fideimmissaria* (sem a *compendiosa*) só póde sêr feita em codicillo; de modo que dar a *definição real de substituição* é definir a *substituição fideicommissaria*, em que se recolhe toda a realidade pela reducção do *nú-proprietario* á *fideicommissario*. Para completo esclarecimento deste assumpto da *substituição fideicommissaria* leia-se o—*Direito*—Rev. de 1876 dêsde o mez de Janeiro.

3.ª ED.

(1) A' estas quatro especies accresce a do—*testamento militar*—, de que tratão *infra* os Arts. 1065 á 1076; e as do—*testamento maritimo,—testamento rural,—testamento ad pias causas,—testamento de pai para filho,—testamento em tempo de peste*; que se-chamão—*testamentos privilegiados*—, como póde-se vêr em Gouv. Pint. Testam. Cap. 7º. E mais temos o—*testamento consular*—, indicado no Art. 1085 *infra*; e o—*testamento de mão-commum*—.

« *Testamento de mão-commum* (Motta Apont. Jur.) é admittido pelos Praxistas, e Gouv. Pint. Cap. 7° § 6° Not. 2. »

E todavia, contra esta admissão dos *testamentos de mão-commum* pronuncia-se o DIREITO Rev. de 1873 pag. 179 á 189. Meu voto é discordante, não pelas razões allegadas até agora, e que o mesmo DIREITO empenhou-se em refutar; mas porque o—*testamento de mão-commum*,—*testamento conjunctivo*, é menos uma forma nova de testamento, que uma qualquer das formas escriptas do nosso Art. 1053, expressamente autorisadas pelo nosso Direito Patrio, só com a differença da facção e assignatura por duas pessôas. Mas, que duas pessôas? Duas pessôas,—*marido e molhér*—, que a Ord. L. 1° T. 31 § 1°, e T. 84 § 3°, mandão, que—*sejão havidas por* UM CÔRPO, como está mostrando a Not. 52 ao Art. 40 *supra*. Talvêz acerte quem, nesta união de vontades literalmente manifestada como uma só disposição de ultima vontade, vir a derradeira e nobre forma do *sacramento do matrimonio*. A instituição reciproca dos conjuges não é o fim de taes testamentos, senão o meio, ou effeito, da fusão das duas vontades n'uma só vontade. Não procede, portanto, o argumento da violação da reciprocidade pela *permissão de revogar*; nem tão pouco o da *prohibição de revogar*, contra a natureza do testamento; nem finalmente o de *dois poderes legislativos*. As vontades dos co-testadôres conjuges, reduzidas á uma só vontade, persistem no mesmo querêr, ácima da *permissão de revogar*, ácima da *prohibição de revogar*. E porque essas duas vontades unificadas não constitúem um só corpo legislativo, se tantas e tantas vontades constituem em politica um só corpo legislativo?

« O que resta examinar (Gouv. Pint. Testam. Cap. 9° n. 2° Not.) é, se, quando o testadôr não sabe escrevêr, e costuma assignar *de cruz*, bastará, que assim assigne; ou é indispensavel, que por elle assigne uma testemunha á seu rôgo? »

Resolvo contra a—*assignatura de cruz*—, e pelas razões do mesmo Gouv. Pint. Cap. 45, que na sua 1.ª Ed. pensava diversamente. Pela ignorancia de escrevêr toleravão-se antigamente as *assignaturas de cruz*, e hoje muita gente sabe escrevêr, e pelo menos assignar seus nomes. A *cruz* é apenas um signal,algebrico quando mais significativo; porém não tanto, como o conjuncto das letras dos nomes, e sobrenomes.

§ 1.° *Publico*, feito por Tabellião (2):

§ 2.° *Cerrado*, com instrumento de approvação (3):

§ 3.° *Particular*, escripto pelo testadôr (4):

§ 4.° *Nuncupativo*, ou feito de viva voz (5).

Art. 1054. Para sêr valioso o *testamento publico*, é necessario:

§ 1.° Que seja escripto pelo Tabellião no Livro de Notas (6):

§ 2.° Que á elle assistão, além do Tabellião, cinco testemunhas varões, e maiores de quatôrze annos (7):

---

(2) Ord. L. 4° T. 80 princ.

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 80 §§ 1° e 2°.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 3°.

(5) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 4°.

Pela Ord. L. 4° T. 80 não ha outro testamento nuncupativo senão o feito de viva vóz ao tempo da morte; entretanto que Mello Freire Dir. Civ. Liv. 3° Tit. 5° § 9°, e Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1029, fallão de um testamento nuncupativo, feito em estado de saúde, que é o particular escripto pelo testadôr, de que trata o § 3° da cit. Ord.

Tambem se-costuma chamar—*testamento nuncupativo*—o escripto pelo testadôr, que o-manda lêr á hora da morte perante seis testemunhas, declarando sêr essa a sua vontade, e que não foi approvado por falta de tempo—Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° n. 1802, e Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 682.

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 80 princ.

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 80 princ.

« A Ord. L. 4° T. 80 princ. (Rebouças Observ. á este Art.) diz:—« cinco testemunhas varões livres, ou tidos por livres, maiores de quatôrze annos, tratando dos testamentos cerrados. »

« No § 1° tratando dos instrumentos de approvação dos testamentos cerrados—cinco testemunhas varões livres, ou havidos por taes, e maiores de quatôrze annos—. »

« No § 3°, á respeito do testamento, que se-diz particular, escripto pelo testadôr,—as quaes testemunhas assignarão o

testamento, sendo primeiro lido perante ellas, e serão varões maiores de quatôrze annos, e livres, ou tidos por taes. »

« Vê-se pois, que o Art. 1054 se-dispensou de contemplar os havidos por livres, como diz a Ord. L. 4° T. 80, cujo fiel transumpto deve, e se ostenta, sêr. »

« Semelhante exclusão em todas as três especies de testamentos escriptos poderia sêr de muito graves consequencias, assim por occasião de se-fazerem, ou approvarem, os testamentos, como depois de fallecidos os testadôres. »

Lendo-se a Introducção pags. 7ª e 8ª achar-se-ha o motivo da omissão, que se-accusa.

Prescindi dos escravos, para sêrem objecto de um trabalho especial; e tal abstracção dispensava-me de dizêr, que as testemunhas dos testamentos deverião ser varões livres, ou havidos por taes. Nesta Edição vai indicado na Not. ao Art. 1063 § 1° *infra*, que os escravos não podem sêr testemunhas nos testamentos.

3.ª ED.

A obstinação do Sr. Rebouças nesta censura de tão curto alcance provaria contra a justiça do seu caracter, se á outra causa não fôsse acertado attribuil-a.

« O motivo expôsto (suas palavras pag. 136) não corresponde ao facto da omissão de uma parte essencial do têxto da Ord. no seu transumpto literal, e *menos poderia ser essa omissão uma consequencia delle.* »

Que tão grave culpa, á ponto de não havêr escusa, e de forçar o réo á mentir! A censura está sinceramente respondida, porque uma consolidação especial de leis sobre escravos não trataria sómente do direito heril, ou de relações do senhor com o escravo; attenderia aos escravos em todas as relações legisladas, e portanto nessa de sua incapacidade para testemunhar em testamentos. A censura está realmente já satisfeita, porque tanto importa dizêr-se, como lê-se ao Art. 1063 § 1° *infra*, que os escravos não podem sêr testemunhas em testamentos, com salva do *erro commum* sobre sua condição livre; como ao inverso dizêr-se, que testemunhas testamentarias devem sêr varões livres, ou havidos por taes; isto é, sem prejuizo do mesmo *erro commum*. Não posso augmentar as palavras do têxto nesse Art. 1054 § 2°, e fica porisso a gloria do acerrimo censor sem a desejada plenitude.

§ 3.° Que estas testemunhas assignem todas com o testadôr, se soubér, e pudér, assignar (8):

§ 4.° Que, não sabendo, ou não podendo, o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando logo ao pé da assignatura, que o-faz á rogo do testadôr por elle não sabêr, ou não podêr, assignar (9).

Art. 1055. Para sêr valioso o *testamento cerrado* com instrumento de approvação, é necessario:

§ 1.° Que seja escripto pelo testadôr, ou por outra pessoa á seu rôgo (10):

§ 2.° Que seja assignado pelo testadôr, se não foi por elle escripto (11):

§ 3.° Que, não sabendo o testadôr assignar, seja assignado pela pessoa, que lh'o-escreveu (12):

---

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 80 princ.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 80 princ.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

O testamento cerrado pode sêr escripto em lingua estrangeira, e assim approvado pelo Tabellião? Resolvi pela affirmativa, e que para têr execução o Juiz, que o-abrir, e mandar cumprir, deve ordenar sua traducção; para depois sêr registrado, archivando-se o original, e a traducção.

3.ª ED.

O Alv. de 2 de Maio de 1647, citado ao Art. 1003, cuja integra lê-se nas Ords. Vicentinas, decreta a nullidade de legados á Religiões em testamentos escriptos por seus respectivos Religiosos. Está em vigôr este Alv., porque (Art 1004 *supra*) não se-prohibe a deixa de legados á Corporações de mão-morta.

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

(12) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

Esta Ord. só previne o caso de *não sabêr* o testadôr assignar, omittindo o de *não podêr* assignar. Poderá neste ultimo caso assignar tambem á seu rôgo a pessôa, que escreveu o testamento? Resolvi pela affirmativa.

§ 4.° Que o testadôr o-entregue ao Tabellião perante cinco testemunhas varões, e maiores de quatôrze annos (13):

Será valido o testamento cerrado, não estando assignado pelo testadôr, nem pela pessoa que lh'o-escreveu, não obstante dizêr-se no final delle que o-assignára, e ter sido approvado em forma legal? Respondi pela negativa, porque a cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1° exige a assignatura do testadôr, ou do escriptôr do testamento, exigindo tambem a assignatura do testadôr no instrumento de approvação; sendo portanto essencial este requisito nos termos do Ass. de 10 de Junho de 1817, que explicou o de 17 de Agosto de 1811. Vid. Art. 1056 *infra*.

3.ª ED.

Se a Relação da Côrte julgou (Not. 1 ao Art. 993), que não pode fazêr testamento cerrado quem, sabendo escrevêr, acha-se impossibilitado de escrevêr, ou assignar, ao tempo da factura do mesmo testamento; esse julgamento tem contra si a doutrina do Trat. de Testam. de Gouv. Pint. Cap. 5° § 2°, doutrina fundada no Ass. de 10 de Junho de 1817. De feito, diz este Ass., que ficão satisfeitos os requisitos da Lei—com a tradição do testamento, feita pelo Testadôr ao Tabellião;—com a declaração do Testadôr, de que é o seu testamento, que ha por firme, valioso, e bom;—ou, nesta falta de declaração, com a resposta do Testadôr ao Tabellião, dada ás perguntas declaradas no § 1° da Ord. L. 4° T. 80—; e tanto basta, para que o interprete não repute-se autorisado á privar da facção testamentaria por uma das formas legaes á quem, sabendo escrevêr, acha-se impossibilitado de escrevêr, ou de assignar, ao tempo de fazêr-se o testamento. Com as mencionadas cautelas do Ass. de 10 de Junho de 1817, fica provado ser do Testadôr o testamento entregue, e sobre o qual elle fallou ao Tabellião, ou respondeu ás perguntas deste. *Não sabêr assignar* equivale á não *podêr assignar*, como tem equiparado a Ord. cit. § 1° no instrumento de approvação; e a fé do Tabellião é a mesma, vendo, e ouvindo, o Testadôr, ou no acto da tradição do testamento, ou no acto da approvação delle.

(13) Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

§ 5.° Que o Tabellião perante as testemunhas pergunte ao testadôr, se é aquelle o seu testamento, e se o-ha por bom, firme, e valioso, quando o testadôr não se-tenha antecipado em declarar-lh'o (14):

§ 6.° Que logo em presença das testemunhas o Tabellião faça o instrumento de approvação, declarando nelle, que o testadôr lhe-entregára o testamento, e o-houvéra por seu, bom, e firme (15).

§ 7.° Que o instrumento de approvação comece logo, e immediatamente, no fim do testamento (16):

§ 8.° Que, não havendo logar na ultima folha escripta do testamento para nelle começar o instrumento de approvação, o Tabellião ponha no testamento seu signal publico, e assim o-declare no instrumento (17):

§ 9.° Que o instrumento de approvação seja assignado pelas cinco testemunhas, e pelo testadôr, se soubér, ou pudér, assignar (18):

§ 10.° Que, não sabendo, ou não podendo, o testadôr assignar, assigne por elle uma das testemunhas; declarando ao

(14) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°, Ass. de 10 de Junho de 1817.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°, e cit. Ass. de 10 de Junho de 1817.

(16) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 2°, e cit. Ass. de 10 de Junho de 1817.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 2°, e cit. Ass. de 10 de Junho de 1817.

(18) Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

3.ª ED.

Leia-se o têxto assim:—Que o instrumento de approvação seja assignado pelas cinco testemunhas *nelle nomeadas*, etc.—. A nomeação das testemunhas (declaração por seus nomes) no instrumento de approvação é solemnidade essencial, cuja preterição induz nullidade. Vid. DIREITO Rev. de 1874.

pé da assignatura, que o-faz á rogo do testadôr por não sabêr, ou não podêr, assignar (19) :

§ 11.° Que o Tabellião cerre, e côsa, o testamento depois de concluido o instrumento de approvação (20).

Art. 1056. Estas solemnidades são substanciaes, e sem ellas incorre o testamento em nullidade (21).

Art. 1057. Basta, porém, que á ellas se não falte, portando o Tabellião por fé, e especificando-as no instrumento; ainda que se-anteponhão, posponhão, ou se-substituão, palavras (22).

---

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

Declarando o Tabellião no instrumento de approvação que por enfermidade o testadôr não poude assignar o testamento, e que á seu rôgo assignára uma das cinco testemunhas, designando-a pelo seu nome; é nullo o testamento por não declarar essa testemunha em sua assignatura, que o-faz á rôgo do testadôr por este não podêr assignar, declarando simplesmente que assigna á rôgo do testadôr? Respondi pela negativa.

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 1°, e cit. Ass. de 10 de Junho de 1817.

(21) Cit. Ass. de 10 de Junho de 1817, que explicou o de 17 de Agosto de 1811.

Não resulta nullidade de não rubricar o Tabellião as laudas do testamento, não havendo lei que exija tal requisito; que aliás sempre se-observa, e offerece uma garantia.

Mas haverá nullidade, se alguma das cinco testemunhas não assignar o instrumento de approvação, assignando á rôgo della alguma das outras. É solemnidade essencial a assignatura de todas, como exige a Ord. L. 4° T. 80 § 1°.

3.ª ED.

« Podem (Direito Rev. de 1874) omissões do instrumento de approvação sêr suppridas por prova testemunhal ? »

Nada mais evidente, que a negativa. Admittir testemunhas, ou outro genero de prova, quando a lei quer expressamente uma certa fórma instrumental, fôra abertamente transgredil-a.

(22) Cit. Ass. de 10 de Junho de 1817.

Art. 1058. Perderá o Officio, e será punido com as mais penas da Lei, além da nullidade do acto, o Tabellião, que fizér instrumento de approvação em testamento com inobservancia dos requisitos ácima exigidos (23). (Art. 1081)

Art. 1059. O *testamento cerrado* póde sêr escripto pelo proprio Tabellião, que depois o-approvar (24).

Art. 1060. As solemnidades do *testamento particular* são :

§ 1.° Que seja feito pelo testadôr, ou por outra pessôa á seu rôgo (25) :

§ 2.° Que intervenhão cinco testemunhas varões, e maióres de quatôrze annos, além do testadôr; ou além do escriptôr, ou signatario, do testamento (26) :

§ 3.° Que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por ellas assignado (27) :

§ 4.° Que, depois da morte do testadôr, seja publicado em Juizo, citando-se as partes interessadas (28).

Art. 1061. No *testamento nuncupativo*, feito de viva vóz ao tempo da morte, é necessario para sua validade, que intervenhão sêis testemunhas, homens ou molhéres (29).

---

(23) Ord. L. 1° T. 78 § 15, e L. 4° T. 80 § 1° *in fin.*, e § 2° *in fin.*

(24) Ass. 2° de 23 de Julho de 1811.

Se o Tabellião póde approvar testamento cerrado por elle escripto á rôgo do testadôr, póde sem duvida assignal-o á rôgo do testadôr, que não sabe assignar. A Ord. L. 4° T. 80 § 1° assim faculta indistinctamente ao escriptôr do testamento.

(25) Ord. L. 4° T. 80 § 3°.

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 3°.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 3°.

(28) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 3°.

(29) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 4°.

A reducção do testamento nuncupativo, sobre a qual a Ord. é omissa, se-faz com audiencia do Procuradôr dos Feitos

Art. 1062. Este testamento feito de viva vóz ao tempo da morte fica de nenhum vigôr, se o testadôr convalescêr da enfermidade (30).

Art. 1063. Não podem sêr testemunhas em testamentos;

§ 1.° Os menores de quatôrze annos, e as menores de dôze annos (31):

§ 2.° Os loucos, e os prodigos tolhidos da administração de seus bens (32):

da Fazenda, que póde impugna-la, e appellar da sentença—Man. do Procur. dos Feitos §§ 645, e 647, e Not. 1342.

Se a herança está arrecadada pelo Juizo de defuntos e ausentes, a reducção deve sêr feita perante o Juiz da Provedoria—Av. n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848. A doutrina deste Aviso não tem sido observada—Man. do Proc. dos Feitos Not. 1339.

Para a reducção devem sêr citados os interessados, pena de nullidade do processo; sendo interessados os herdeiros, á quem ab intestado caberia a herança—Cit. Man. Not. 1340.

(30) Cit. Ord. L. 4° T. 80 § 4°.

3.ª ED.

O *testamento nuncupativo (testamento verbal*, como denominão algumas legislações) só é tal, e valido, para sêr legalmente reduzido, quando feito *de viva vóz* em *artigo de morte*. Assim tambem pensa Gouv. Pint. Testam. Cap. 5° § 3°. É pois abusiva a pratica de reputarem-se *testamentos nuncupativos*, e reduzirem-se, disposições escriptas por fallecidos, e ás vezes escriptas muito antes dos fallecimentos.

(31) Ord. L. 4° T. 85 princ.

Por esta Ord. os escravos tambem não podem sêr testemunhas em testamentos, accrescentando « mas se o escravo, sendo reputado por livre ao tempo do testamento, fosse nelle testemunha, e depois se-achasse sêr captivo; não deixará porisso de valêr o testamento, pois pelo *erro commum*, em que todos com elle estavão, era tido por livre. »

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 1054 § 2°.

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 85 princ.

§ 3.° Os mudos e surdos, e os cégos (33):

§ 4.° O herdeiro instituido, e os filhos, que tivér sob seu patrio podêr (34):

§ 5.° O pai, sob cujo podêr estivér o herdeiro instituido (35):

§ 6.° Os irmãos do herdeiro instituido, se todos estivérem sob o podêr de seu pai (36).

Art. 1064. Os legatarios podem sêr testemunhas nos testamentos, bem como aquelles, que estivérem sob seu podêr (37).

Art. 1065. Os testamentos, que os militares fizérem em campanha, ou cercados em Presidios e Fortalezas, são privilegiados; e para elles bastão somente duas testemunhas, homens ou molhéres, chamadas para o acto; pelas quaes se-prove, como ouvirão ao testadôr dispôr, ou lh'o-virão escrevêr (38).

Art. 1066. No conflicto da batalha podem os militares fazêr testamento por qualquer fórma, bastando duas teste-

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 85 princ.

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 85 § 1°.

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 85 § 1°.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 85 § 1°.

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 85 § 1°.

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 83 princ., e §§ 5° e 10°.

3.ª ED.

Chamadas para o acto.—D'aqui bem conclúe Gouv. Pint. Testam. Cap. 9°, que só neste caso do têxto a *rogação de testemunhas* é de essencia, e que em todos os mais casos não annulla os testamentos a falta dessa rogação.

munhas, que casualmente se-achem presentes, ainda que não chamadas para o acto (39).

Art. 1067. Deixão de têr vigôr estes testamentos, se o testadôr não fallecêr na guerra; ou até um anno depois de sua baixa, se fôr honesta (40). (Art. 1075)

Art. 1068. Podem fazêr testamento militar, gozando do mesmo privilegio, as pessoas empregadas no exercito em paiz inimigo; mas, se não fallecêrem na guerra, ficaráõ sem vigôr os testamentos, que fizérem (41).

Art. 1069. O filho-familias militar, uma vêz que tenha quatôrze annos, póde livremente testar dos bens designados no Art. 183 § 1°, ainda que o pai não consinta (42).

Art. 1070. Se o militar instituir alguem por herdeiro de bens designados, entende-se, que morre á intestado no restante de seus bens (43).

---

(39) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 5°.

3.ª ED.

Este Art. 1066 deve ser entendido como contendo uma excepção á *incapacidade* testamentaria dos *surdos-mudos* no Art. 993 § 4° *supra*. Por Direito Romano (L. 10 Cod. Qui test. fac.) os *surdos-mudos* não podião testar, mas havia uma excepção para o soldado, á quem era permittido testar por *signaes* (Inst. de milit. testam. § 2°). Diz porisso a cit. Ord. L. 4° T. 83 § 5°:—podem fazêr testamento, ainda que seja no chão com a espada, ou nos escudos, ou nas espadas com o sangue das feridas, ou em qualquer outra cousa, etc.—. A pantomima, linguagem de acção (Troplong Testam. n. 1137) é um modo de transmissão de idéas etc.

(40) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 6°.

(41) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 8°.

(42) Ord. L. 4° T. 81 § 3°, T. 83 § 1°, e T. 91 § 1°—É uma excepção do Art. 993 § 2°, porque nos bens castrenses, e quasi-castrenses, o filho-familias tem pleno dominio; isto é, não só a propriedade; como o usufructo, e a administração.

(43) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 3°.

Art. 1071. Instituindo o militar dois herdeiros, um para os bens que adquirio na profissão militar, e outro para os demais que possuir, entendêr-se-ha sêrem duas heranças (44).

Art. 1072. No caso do Art. antecedente as dividas passivas do testadôr militar contrahidas durante a campanha serão pagas pelo herdeiro especial, e as outras dividas pelo herdeiro da universalidade dos bens (45).

Art. 1073. A mesma distincção guardar-se-ha no que respeita ás dividas activas das duas heranças (46).

Art. 1074. Não sendo sufficiente cada uma das massas para solução das respectivas dividas, e repudiando a herança um dos herdeiros dessas massas; o outro herdeiro, que aceitar a herança, será obrigado á pagar todas as dividas, ou á deixar os bens para pagamento dos credôres (47).

Art. 1075. Se o militar, fallecendo dentro do anno declarado no Art. 1067, impuzér alguma condição á seu herdeiro, a qual não se-cumprir no dito anno; o testamento sempre valerá, até que a condição se-cumpra (48).

Art. 1076. Fóra da campanha, ou da expedição, os testamentos dos militares serão feitos com as solemnidades ordinarias (49).

---

(44) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 4°.

(45) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 4°.

(46) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 4°.

(47) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 4°.

(48) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 7°.

(49) Cit. Ord. L. 4° T. 83 § 9°.

Art. 1077. Tambem se-pode fazêr disposição de ultima vontade por meio de *codicillos*, sem instituir herdeiro, ou desherdal-o, como aliás se-faz nos testamentos (50).

Art. 1078. Aquelles, que podem fazêr *testamento*, podem fazêr *codicillo* (51).

---

(50) Ord. L. 4º T. 86 princ. Não vale portanto a instituição, ou a desherdação, feita em codicillo.

3.ª ED.

A citada Ord. L. 4º T. 86 princ. define o—*Codicillo*—uma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro, e não reproduzi esta definição por dois motivos; 1.º para não mantêr o preconceito de sêr a instituição de herdeiro uma solemnidade intrinseca do—*Testamento* (Vid. Not. ao Art. 1008 *supra*), 2.º porque esta mesma Ord. prosegue dizendo: « E porisso se-chama *Codicillo*, ou cedula por diminuição, que quer dizêr pequeno testamento (Vid. Not. ao Art. 1049 *supra*), quando uma pessôa dispõe de alguma cousa, que se-faça depois de sua morte, (attenção!) sem tratar nelle de DIREITAMENTE INSTITUIR, ou desherdar á alguem, como se-faz nos testamentos. »

Destas palavras—DIREITAMENTE INSTITUIR—conclúe-se podêr-se em *codicillo* mandar restituir a herança *fideicommissariamente*, como bem diz Gouv. Pint. Testam. Cap. 28 *in fin.* Not., referindo-se á Ord. L. 4º T. 87 § 10, deduzida da L. 2ª Cod. *de Codicil*. A *substituição fideicommissaria* é *substituição indirecta*,—contém uma *instituição indirecta* (*obliquo modo*), e pelo adverbio—DIREITAMENTE—das palavras á cima transcriptas o legisladôr só prohibio no *Codicillo* a *instituição directa*. Vid. Not. ao Art. 1052 *supra*.

Não argumento com a—*clausula codicillar*—para reduzir o *testamento* á *codicillo*. São actos diversos, cada um para seu effeito proprio. A *clausula codicillar* refere-se unicamente á *forma*,—ás *solemnidades externas*.

Testamentos nullos por incapacidade não valem como codicillos, embora contenhão a *clausula codicillar*. A' tal respeito penso como Gouv. Pint. Testam. Caps. 11 e 29.

(51) Cit. Ord. L. 4º T. 86 § 3º.

Art. 1079. Os codicillos podem ser feitos por Tabellião, ou cerrados com instrumento de approvação nas costas; ou feitos e assignados pelo testadôr, ou por outrem á seu rôgo (52).

Art. 1080. Nas Cidades, Villas, e logares de grande povoação, devem intervir para os codicillos quatro testemunhas, homens ou molhéres, maiores de quatôrze annos; além do Tabellião, ou do testadôr, ou de quem os-escrevêr (53).

Art. 1081. Todas as testemunhas nomeadas no instrumento de approvação dos codicillos devem assignal-o, incorrendo o Tabellião, que fizér o contrario, nas penas do Art. 1058 (54).

Art. 1082. Nos outros logares de pequena povoação, onde não seja facil achar testemunhas; valerá o codicillo com tres testemunha, homens ou molhéres; ou seja aberto ou cerrado, ou feito de viva vóz ao tempo da morte (55).

3.ª ED.

As disposições sobre a *capacidade civil do testadôr* (capacidade testamentaria activa) procedem sobre a *capacidade civil do codicillante* (capacidade codicillar activa).

(52) Cit. Ord. L. 4º T. 86 § 1º.

(53) Cit. Ord. L. 4º T. 86 §§ 1º e 2º.

« O Art. 1080 (Rebouças Observ. á este Art.), que deve ser o transumpto da Ord. L. 4º T. 86 §§ 1º e 2º, tratando dos codicillos, e das suas testemunhas, supprime as palavras da mesma Ord.—livres, ou por taes reputadas—. » Vid. Not. ao Art. 1054 § 2º.

(54) Ord. L. 1º T. 78 §§ 7º e 15, Liv. 4º Tit. 80 § 1º *in fin.*, e T. 86 § 1º.

(55) Ord. L. 4º T. 86 § 2.º

Art. 1083. *As cartas de consciencia*, deixadas aos testamenteiros, tem validade; e reputão-se incluidas, ou appensas, nos mesmos testamentos (56).

Art. 1084. Nas Freguezias, e Capellas, fóra das Cidades, ou Villas, os Escrivães do Juizo de Paz em seus respectivos districtos, são autorisados, como os Tabelliães de Notas, para fazêr, e approvar, testamentos (57).

---

(56) Resol. de 26 de Julho de 1813. Quando as cartas fôrem avulsas, sem dellas se-fazêr menção no testamento, nenhuma validade tem. Esta Resol. é digna de ser lida.

Deixadas aos testamenteiros:—não valem pois essas cartas, quando deixadas á quem não fôr testamenteiro.

3.ª ED.

Ord. n. 257 de 27 de Setembro de 1859—Se pela Resol. de 26 de Julho de 1813 não produzem prova legal as *cartas de consciencia*, que não fazem parte do testamento, ou não são nelle mencionadas, muito menos valôr juridico se-deve ligar á simples declarações verbaes, feitas depois da morte do testadôr, e das quaes não se-faz menção no testamento.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 10—Das deixas, e legados, commettidos em segredo, nas cartas chamadas de consciencia, a taxa será cobrada na fórma estabelecida pela Resol. de 26 de Julho de 1813 (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 21).

(57) Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 6º, de 30 de Outubro de 1830 Arts. 1º e 2º, Av. de 13 de Fevereiro de 1829, e do 1º de Agosto de 1831. Ficou portanto de nenhum effeito a Ord. L. 1º T. 78 § 20.

« Não é somente (Rebouças Observ. á este Art.) nas Freguezias, e Capellas, fóra das Cidades, ou Villas, que os Escrivães do Juizo de Paz em seus respectivos districtos são autorisados, como os Tabelliães de Notas, para fazêr, e approvar, testamentos. Tambem são competentes para isso nas Freguezias, e Capellas, das Cidades, e Villas, como se-vê da primordial Lei dos Juizes de Paz, a de 15 de Outubro de 1827 no Art. 6º. »

« O que é da competencia privativa dos Escrivães dos Juizes de Paz das Freguezias, e Capellas, de fóra das Cidades, ou

Art. 1085. Os Regulamentos especiaes do Côrpo Consular do Imperio serão observados quanto á autorisação, que conferem aos Consules em seus districtos, e logares de residencia, para fazêrem, e approvarem, testamentos de subditos brazileiros (58).

Villas, é o exercicio cumulativo com os Tabelliães dos termos dellas de fazêrem escripturas sem dependencia de distribuição, como se-vê do Art. 1º da Resol. de 30 de Outubro de 1830. »

O Av. do 1º de Agosto de 1831 parece apoiar esta censura, quando diz, que a Lei de 30 de Outubro de 1830 contém, em vêz da revogação do Art. 6º da de 15 de Outubro de 1827, uma bem clara ampliação della á beneficio dos moradôres fóra das Cidades, ou Villas. E' muito notavel reputar-se restrictiva uma disposição absoluta, como a do Art. 6º da Lei de 15 de Outubro de 1827; ao passo que considera-se ampliativa a disposição do Art. 1º da Lei de 30 de Outubro de 1830, que só falla dos Escrivães dos Juizes de Paz das Freguezias, e Capellas, fóra das Cidades, ou Villas! Ao contrario entendi eu, que esta Lei posteriôr restringio a determinação da anteriôr de 1827, e comigo está de accôrdo o Art. 3º § 1º do Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860, que diz assim « *ou por Escrivão de Paz nos logares designados pelo Art. 1º da Lei de 30 de Outubro de 1830.* » Esta disposição foi alterada pelo Art. 3º do Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861, que indistinctamente autorisou aos Escrivães dos Juizes de Paz para lavrarem escripturas de compra, e venda, de escravos, mas sua redacção confirma do mesmo modo o pensamento restrictivo do Art. 1º da Lei de 30 de Outubro de 1830.

(58) Regul. Consular n. 520 de 11 de Junho de 1847 Art. 183. Vid. Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2º *supra*.

3.ª ED.

Novo Regul. Consular n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Art. 188.

CAPITULO V

Da execução dos testamentos

Art. 1086. Os Juizes Municipaes são as Autoridades competentes para abrir, e mandar cumprir, os testamentos, e os codicillos (1).

---

(1) Av. de 10 de Fevereiro do 1837, Av. n. 47 de 28 de Julho de 1843. Pertence esta attribuição aos Juizes especiaes do Civel nos logares, em que ainda não fôrão abolidos—Av. n. 87 do 1º de Outubro de 1844. Ainda mesmo em férias—Ord. L. 3º T. 18 § 9º, e Decr. de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 1º.

« Não os Juizes Municipaes (Rebouças Observ. á este Art.), senão os Provedôres de Residuos, são os competentes, e não menos para conhecêr e julgar dos testamentos nuncupativos em publica fórma. Os Juizes Municipaes exercem essa attribuição, quando são tambem Provedôres dos Residuos. Três Juizes Municipaes existem actualmente nesta Capital do Imperio, e somente o da 1.ª Vara é que entende de testamentos por sêr o Provedôr de Residuos ; e assim foi, emquanto houve Juizes de Direito do Civel nas Capitaes, em que havia mais de um delles. »

Não haja duvida sobre isto. O Av. n. 47 de 28 de Julho de 1843 diz, que a abertura dos testamentos compete aos Juizes Municipaes, porque estes Juizes exercem as funcções dos Provedôres de Residuos.

As Autoridades competentes (Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 25), logo que abrirem qualquer testamento, ordenarão, que os Escrivães respectivos remettão uma cópia authentica ao Juiz de Orphãos, á fim de que este possa examinar se tem, ou não, logar a arrecadação pelo seu Juizo ; e procedêr ulteriôrmente, como no caso coubér.

3.ª ED.

Instrucç de 13 de Dezembro de 1832 Art. 43—Os Juizes Municipaes nos Termos, em que não houvérem Juizes de Direito especiaes para o Civel, na forma do Art. 3º da Dispos. Provis., deverão conhecêr dos Feitos e Contas pertencentes á

Art. 1087. Não é comtudo vedado aos Parochos abrir testamentos naquelles logares, em que não residirem, ou não estivérem na occasião, os sobreditos Juizes (2).

Art. 1088. Quanto á abertura de testamentos de subditos brazileiros em paiz estrangeiro, terá logar o dispôsto nos Regulamentos especiaes, á que se-refere o Art. 1085 (3).

Provedoria de Residuos, e Capellas, até sentença final exclusive etc.

Em seguimento á essas Instrucç. o Decr. de 19 de Outubro de 1833. Vid. Not. ao Art. 1099 *infra*.

Lei da Reforma Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 1º, e seu Regul. n. 4824 de 22 de Novembro do mesmo anno Art. 2º—Na Côrte, e nas Capitaes da Bahia, Pernambuco, e Maranhão, a Provedoria de Capellas e Residuos será da privativa jurisdicção do Juiz de Direito, que fôr nomeado pelo Govêrno.

Av. n. 258 de 9 de Agosto de 1873—Pela Lei de 3 de Dezembro de 1841 tendo passado para os Juizes Municipaes as Causas da Provedoria de Capellas e Residuos, nelles devem servir os Escrivães daquelles Juizos, como foi já explicado no Av. n. 69 de 8 de Junho de 1848.

(2) Av. de 4 de Outubro de 1839, e n. 47 de 28 de Julho de 1843.

« Quando aconteça (Man. do Procur. dos Feitos Not. 859) ter sido aberto o testamento no Imperio por algum particular, ou outra Autoridade, que não as referidas ; póde-se admittir no Juizo da Provedoria justificação do facto com citação dos interessados, de modo que se-conclúa não têr sido aberto o testamento pelo testadôr com intenção de revoga-lo —Lob. Dissert. 6ª no Supplem. ás Seg. Linh. §§ 31 e seguintes. »

(3) Regul. Consular. n. 520 de 11 de Junho de 1847 Art. 183.

3.ª ED.

Novo Regul. Consular n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Art. 188.

Quanto á abertura de testamentos de estrangeiros por seus Consules no Imperio occorre o Av. n. 305 de 19 de Outubro de 1864:—A *faculdade de abrir testamentos* não cabe aos

Art. 1089. Todos os testamenteiros, ou herdeiros, são obrigados dentro de dois mêzes, que se contaráõ do dia do fallecimento dos testadôres, á levar os testamentos ao Cartorio da Provedoria dos Residuos, para que sejão registrados (4).

Art. 1090. Deixando os testamenteiros, ou herdeiros, passar os ditos dois mêzes sem levarem os testamentos ao registro, serão para isso notificados pelo Escrivão respectivo (5).

Art. 1091. Antes do prazo marcado, o Juiz, á requerimento de parte interessada, ou *ex-officio* havendo razão de suspeita contra quem tivér o testamento em seu podêr, de-

---

Consules Portuguêzes no Imperio, nem pela letra, nem pelo espirito, da Convenção de 4 de Abril de 1863 (Not. ao Art. 2° *supra*); porquanto precisando o Art. 13 as hypotheses, em que aquella Autoridade é chamada á funccionar em assumpto de herança, excluio a de que se-trata, e nem podia deixar de excluil-a para ser coherente; uma vêz que só admitte a interferencia dos Consules, quando o fallecido não deixa herdeiros, ou designa testamenteiros; ou cujos herdeiros não sejão conhecidos, estejão ausentes, ou sejão incapazes.

A decisão deste Av. n. 305 de 19 de Outubro de 1864, negando aos Consules Portuguêzes no Imperio a *abertura de testamentos*, é extensiva aos outros Consules no Imperio? Parece que sim, por auxilio da mesma interpretação.

(4) Lei de 7 de Janeiro de 1692 § 2°. Por esta Lei os registros erão gratuitos, salvo no caso de têr sido notificado o possuidôr do testamento. Veja-se o Art. 128 do novo Regim. de 3 de Março de 1855.

3.ª ED.

Veja-se o novissimo Regim. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 Art. 140.

(5) Cit. Lei de 7 de Janeiro de 1692 § 3°.

verá obriga-lo, á que logo faça o registro sem mais demora alguma (6).

Art. 1092. Sendo notificadas as pessoas, em cujo podêr estivérem os testamentos, se os não levarem ao registro no termo de três dias, que se-lhes-assignar; incorreráõ na pena de perdêr o premio, que nos mesmos testamentos lhes-foi deixado, além de sêrem processadas pela desobediencia (7).

Art. 1093. Compete aos Juizes de Direito em correição providenciar sobre os testamentos não registrados, suspendendo, e responsabilisando, o Escrivão, que sonegar algum testamento, ou deixar de registra-lo; e impondo as penas declaradas ao testamenteiro citado para exhibil-o, que não compareceu (8).

Art. 1094. Os testamentos originaes, depois de registrados, serão guardados no Cartorio da Provedoria, emmassados com os do mesmo anno (9).

---

(6) Cit. Lei de 7 de Janeiro de 1692 § 4°.

(7) Cit. Lei de 7 de Janeiro de 1692 § 5°, combinada com o § 9° da Ord. L 1° T. 62. A Ord. versa sobre o caso da apresentação dos testamentos para prestação de contas, ou fiscalisação; e impõe uma pena pecuniaria, que está em desuso, e nem poderia têr logar. A Lei de 1692 dá ao Juiz podêr arbitrario para imposição de penas, o que tambem não é admissivel. Com o novo systema de cousas só me-parece legal, e proprio, o procedimento indicado no têxto.

(8) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 34 § 2°. Supprimi as palavras—*que dentro do prazo legal o não registrou*—, porque a Lei não impõe pena alguma neste caso; e só no outro de não comparecêr o testamenteiro, tendo sido citado, nos termos do Art. 1092.

(9) Cit. Regul. n. 834 Art. 41. Foi uma innovação, e boa innovação. A Ord. L. 1° T. 62 § 8° não mandava archivar os testamentos, antes o § 9° os-suppõe em podêr dos testamenteiros. A Lei de 7 de Janeiro de 1792 ordenava, que depois do registro se-entregassem ás partes. Assim sempre

Art. 1095. Se fôrem requisitados para alguma acção crime, ou civel, de falsidade; o Escrivão os-remetterá, precedendo despacho do Juiz, e deixando traslado (10).

Art. 1096. No Municipio da Côrte nenhum testamento se-mandará cumprir definitivamente, sem que seja primeiramente apresentado na Recebedoria respectiva; e nelle se-lance a verba da apresentação, conforme os Regulamentos Fiscaes sobre a taxa das heranças e legados (11).

---

se-praticou antes do Regul., costumando-se appensar aos Inventarios os testamentos originaes.

3.ª ED.

Vejão-se as observações do Sr. Rebouças (pags. 137 e 138) sobre este Art., não achando bôa a innovação de se-archivarem os testamentos originaes no Cartorio da Prevedoria dos Residuos. Seu appensamento aos Inventarios era um costume, que podia não sêr observado, e tanto basta para preferir-se o systema de archivamento obrigatorio.

(10) Cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 41.

(11) Regul. n. 156 de 28 de Abril de 1842 Art. 17, e Regul. n. 410 de 4 de Junho de 1845.

3.ª ED.

Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Cap. 3º Arts. 29, 30, e 31:

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 13—O pagamento do impôsto de transmissão *causa mortis* effectuar-se-ha nos termos dos actuaes Regulamentos sobre a *taxa de heranças e legados*:

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 44—Ficão em vigôr os Caps. 3º e 4º do Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 na parte relativa ao processo de arrecadação, e fiscalisação, do impôsto de transmissão *causa mortis*:

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 1º—Comprehende-se no impôsto de transmissão de propriedade a *taxa de heranças e legados*. Vid. Not. 1 ao Art. 959, onde citei esta mesma Lei para autorisar a *taxa de heranças sem testamento*. Agora a-cito para autorisar a *taxa de heranças com testamento*, e a dos *legados*; tudo envolvido nos citados Reguls. de 1869, e de 1874.

Art. 1097. Os Juizes de Direito em correição tambem requisitarão ás Repartições Fiscaes uma relação dos testamentos nellas inscriptos, ou averbados, áfim de melhór procedêrem á verificação do registro dos testamentos (12).

Art. 1098. Se pela conferencia da sobredita relação com o livro dos registros, e testamentos apresentados, conhecêrem os Juizes, que algum testamento não está averbado na Repartição Fiscal competente; providenciarão sobre a inscripção, e averbação, fazendo a participação necessaria (13).

Art. 1099. Os testamenteiros são obrigados á cumprir as disposições testamentarias no prazo marcado pelos testadôres: e á dar contas do que recebêrão, e despendêrão (14).

Art. 1100. Se o testadôr não marcou tempo para o cumprimento do testamento, é concedido ao testamenteiro um anno e um mêz, á contar do fallecimento do testadôr (15).

---

(12) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 43.

(13) Cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 43.

(14) Ord. L. 1º T. 62 princ., e § 1º.
Essas contas competem ao Juizo da Provedoria—Lei de 27 de Agosto de 1830.

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 1109 *infra*.

Para obrigar os testamenteiros á dar contas, etc., o Decr. de 19 de Outubro de 1833 providencia sobre os *Solicitadores de Capellas e Residuos*; e no Art. 4º sobre o *Promotôr dos Residuos*, onde o-houvér; e, não o-havendo, um Advogado, ou pessôa habil debaixo de juramento. Vid. Not. ao Art. 1086 *supra*.

(15) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 2º.

3.ª ED.

Esta disposição não priva aos legatarios de pedir logo os legados antes de findo o anno (Repert., e Dig. Braz. Vol. 1º pag. 37). A cit. Ord. trata da prestação das contas, e assigna

Art. 1101. Mas, se demandar, ou fôr demandado, sobre os bens da herança; o tempo da execução do testamento correrá do dia, em que o litigio terminar por sentença passada em julgado (16).

Art. 1102. Tendo o testamenteiro algum outro impedimento, requererá ao Juiz as prorogações necessarias; que ser-lhe-hão concedidas, como fôr de justiça (17).

Art. 1103. O Juiz de Direito em correição revogará as prorogações concedidas, quando não houvér litigio sobre os bens; ou outro qualquer impedimento, que tenha impossibilitado a execução dos testamentos, ou quando o impedimento foi motivado por culpa dos testamenteiros (18).

Art. 1104. Não se-attenda á disposição testamentaria, que desobrigar o testamenteiro de prestar contas da testamentaria (19).

Art. 1105. Permittindo os testadôres que, no caso de não se podêr cumprir suas disposições no primeiro anno, sejão cumpridas no segundo, ou no terceiro; os testamenteiros não gozaráõ desta faculdade, senão mostrando que no primeiro anno empregárão toda a diligencia (20).

---

um anno para cumprir-se o testamento todo. Não trata do direito dos legatarios.

Os legatarios podem demandar os legados por *acção de reivindicação*, ou por *acção pessoal* nascida da aceitação da testamentaria. Está em uso demandar-se os legados por *assignação de dez dias*, reputando-se o testamento como escriptura publica nos termos da Ord. L. 3º T. 25, bem entendido, quando fôrem *legados liquidos*.

(16) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 2º.

(17) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 2º. A Ord. facilita as prorogações, mas o § 117 do Regim. do Desemb. do Paço prohibio, que se-déssem esperas para cumprimento dos testamentos.

(18) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 34 § 1º.

(19) Ord. L. 1º T. 62 princ.

(20) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 1º.

Art. 1106. Levar-se-hão em conta aos testamenteiros todas as despezas legalmente feitas conforme o testamento até o dia da citação para prestação de contas (21).

Art. 1107. Sendo glozadas as despezas por illegaes, ou por não conformes ao testamento, ou por têrem sido feitas depois da citação para prestação de contas; os testamenteiros serão removidos, e perderáõ o premio deixado pelos testadôres (22).

Art. 1108. Tambem incorreráõ os testamenteiros na pêrda do premio, quando, tendo sido citados para prestação de contas, não acudirem á citação (23).

Art. 1109. Os testamenteiros não são obrigados á prestar contas fóra do logar do seu domicilio (24).

---

(21) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 12.

3.ª ED.

Sobre as despezas, que de *boa fé* são feitas por testamenteiros, veja-se a Not. ao Art. 1002 *supra*.

(22) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 12, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35, e § 1º.

(23) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 9º, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35.

O testamenteiro, á quem incumbe a inscripção de hypothecas legaes segundo o dispôsto no Art. 9º da novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e que fôr omisso em tal inscripção, tambem incorre na pêrda do premio á beneficio das pessoas lesadas—Art. 9º § 22 da cit. Lei.

(24) Ord. L. 1º T. 62 § 4º *in fin.* As contas dos testamentos, como vê-se da Ord. e de varias Leis, tambem se-tomavão pelo Juizo Ecclesiastico, o que cessou pela Lei de 27 de Agosto de 1830.

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 1099 *supra*.

Como a competencia especial deroga a geral, ou concorre; se os testamenteiros não forem domiciliados no mesmo logar da aceitação das testamentarias, no fôro desta pódem ser obrigados á prestar contas, fôro de um quasi-contracto—Ord. L. 3º T. 6º § 4º, T. 11 § 3º, e Mor. Carv. Prax. For. § 38.

Art. 1110. Se ao tempo da conta se-occultarem, serão citados nas pessôas de suas molhéres, ou de seus familiares, ou de seus vizinhos (25).

Art. 1111. Não receberáõ bens alguns dos defuntos senão por inventario feito por Tabellião de Notas, e mandado do Juiz competente ; pena de sêrem logo removidos da testamentaria, e prêsos até darem conta de tudo (26).

Art. 1112. Devem fazêr as despezas da testamentaria perante Tabelliães de Notas, ou perante a pessôa, que o testadôr nomeou para escrevê-las (27).

Art. 1113. Somente essas despezas assim feitas serão levadas em conta, e não outras, ainda que se-documentem com recibos particulares (28).

Art. 1114. Serão cridos por seu juramento, ou pelo de duas testemunhas dignas de fé, até o valôr 650 rs. em cada uma das addições da conta (29).

---

(25) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 6°.
(26) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 19, e T. 78 § 7°. Não se-observa mais esta disposição.

3.ª ED.

Decis. n. 2 de 5 de Janeiro de 1859—Para pagar-se ao testamenteiro de um casal o que á este se-ficou á devêr, não é necessaria a habilitação dos herdeiros ; quando não são os herdeiros, que requerem a entrega da herança, mas sim o *testamenteiro* já habilitado.

Deve-se entendêr *testamenteiro* autorisado para recebêr a divida, ou cumulando o cargo de inventariante.

(27) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 20, e T. 78 § 9°. Não se-acha em uso tal disposição.
(28) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 20.
(29) Ord. L. 1° T. 62 § 20. Os 650 rs. erão o que correspondia no tempo desta Lei á duas onças de prata. Assim affirmão os Praxistas, mas no têxto se diz—*até a valia de dois marcos de prata*—.

Art. 1115. Tambem serão admittidos á jurar sobre o cumprimento das disposições, que-lhes fôrem commettidas em segrêdo nas cartas de consciencia, de que trata o Art. 1083 ; afim de pagar-se a competente decima, quando sejão legados (30).

Art. 1116. Se o juramento fôr falso, além de incorrêrem no crime de perjurio, pagaráõ em tresdôbro o valôr da despeza, sobre que jurárão (31).

Art. 1117. Não podem comprar, nem havêr por si ou por interposta pessoa, para si ou para outrem, bens alguns das testamentarias, ainda que taes bens se-vendão em hasta publica (32). (Art. 585 § 4°)

Art. 1118. Em caso de contravenção, a compra será nulla, restituindo-se os bens nullamente adquiridos, além de incorrêrem os testamenteiros no crime do Art. 147 do Cod. Pen. (33).

---

(30) Resol. de 26 de Julho de 1813.
(31) Ord. L. 1° T. 62 § 21.
(32) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 7°.

3.ª ED.

« Bem se-vê (Rebouças Observ. á este Art. pag. 139), que nenhuma influencia á respeito da exposta legislação civil, e correspondente disposição regimental, deveria exercêr a promulgação do Cod. Pen. ; tanto mais que elle o-previne expressamente no Art. 310, dizendo, etc. »

Esta censura pertence ao subsequente Art. 1118, e tem contra si o proprio invocado Art. 310 do Cod. Pen., que na excepção do seu segundo periodo versa sobre as acções ou omissões não declaradas nelle, ás quaes pelas Leis sobre o processo esteja imposta alguma pena. Ora, se o controverso caso está declarado no Art. 147 do Cod. Pen., com referencia ao Art. 146 ; deve sêr punido por esta lei nova, e não lhe-é applicavel o Art. 310.

(33) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 7°. Entendo, que depois do Cod. Pen. não é mais applicavel a pena da pêrda do valôr

Art. 1119. Prestaráõ contas, quanto aos bens de raiz, e seus rendimentos, até vinte e cinco annos, dêsde que os-recêrão; e quanto aos bens moveis, até quinze annos (34).

Art. 1120. Porém pelos bens de raiz, que fôrem adquiridos em contravenção do dispôsto no Art. 1117, serão responsaveis até quarenta annos, contados do dia da morte dos testadôres (35).

Art. 1121. Tudo que se-acha dispôsto á respeito da execução dos testamentos, é do mesmo modo applicavel á execução dos codicillos (36).

Art. 1122. Aos Juizes de Direito em correição igualmente compete removêr os testamenteiros suspeitos, ainda antes de terminar o prazo das contas, os illegalmente nomeados, os que mal administrarem, ou fôrem negligentes, ou prevaricadôres, encarregando das testamentarias os outros testa-

---

dos bens em dôbro, que aliás o Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35 declara ser—*residuo*—para a Fazenda Nacional. Vid. Art. 549 § 2° do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(34) Cit. Ord. L. 1° T. 62 §§ 8° e 22, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 41. O Av. n. 154 de 22 de Junho de 1852 considerou este caso como de prescripção.

(35) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 22.
Attenda-se ás palavras finaes desta Ord.— « *salvo se os ditos bens lhes-fôrem deixados expressamente pelos testadôres, ou os houvérão por qualquer justo titulo*—. » Vid. Art. 1320 sobre o que seja—*justo titulo*—.
Deve-se conciliar o § 22 desta Ord. com o § 7°. Ella não prohibe, que os testamenteiros adquirão por justo titulo, e com boa fé, immoveis da testamentaria, que passárão ao dominio de terceiros; prohibe somente, que sua disposição seja defraudada, havendo os testamenteiros taes bens por interpostas pessoas.

(36) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 24.

menteiros nomeados pelos testadôres. Na sua falta, nomeando pessôa idonea, que os-substitua (37).

Art. 1123. Outrosim lhes-compete providenciar sobre a conservação, administração, e aproveitameto, dos bens do testadôr; e sobre o mais, que fôr relativo á execução dos testamentos, conforme o Regul. em vigôr (38).

Art. 1124. Removidos os testamenteiros negligentes, ou prevaricadôres, deveráõ entregar ao Juiz todos os bens das testamentarias, repôr o mal despendido, e indemnisar todos os prejuizos (39).

Art. 1125. O Juiz mandará cumprir as disposições sobre objectos determinados, ou relativos á pessoas certas e designadas, sendo que os testamenteiros removidos não as-houvessem cumprido (40).

---

(37) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 34 § 3°.
(38) Cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 34 § 4°.

3.ª ED.

Av. n. 260 de 9 de Agosto de 1872—Nas Comarcas geraes a *tomada de contas de Capellas*, até 500$00 rs., compete ao Juiz Municipal; e, sendo de maior quantia, pertence-lhe o preparo, e a sentença ao Juiz de Direito, emquanto não se-providenciar sobre o assumpto na projectada reforma do Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.
E' este um dos casos relativos á execução dos testamentos, ou as contas sejão das Capellas extinctas do Art. 74 *supra*, ou das permittidas Capellas não vinculadas.
(39) Ord. L. 1° T. 62 §§ 12 e 23, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35 § 1°.
(40) Cit. Ord. L. 1° T. 62 §§ 13 e 16.

3.ª ED.

O *Juiz mandará cumprir as disposições*, etc—e portanto os *legados* e *fideicommissos*, mas só quando validos. Sendo *nullos*, não deve mandar cumprir, salvo aos legatarios e fideicommis-

Art. 1126. As outras disposições sobre legados pios serão applicadas á beneficio dos Hospitaes, ou da criação dos Expostos, em conformidade das Leis em vigôr (41).

---

sarios o direito de demandal-os. Sendo *annullaveis*, ordenará, que o testamenteiro demande a nullidade.

E' indifferente, que o *fideicommisso* seja deixado com palavras rogativas, ou precativas, pois é um legado deixado directamente á um beneficiado, que chama-se—*fiduciario*—; e indirectamente, depois de vencido um prazo, ou depois de cumprida uma condição, á outro beneficiado, que chama-se—*fideicommissario*—. O *fideicommissario* não é substituto do *fiduciario*, senão quando succede pelo cumprimento da condição—*quum morietur*—. Vid. Not. ao Art. 1052 *supra*.

O *erro do nome*,—a *falsa demonstração*,— e a *falsa causa*, não vicião e annullão os legados, e os fideicommissos. *Erro do nome* (ou sobrenome) do beneficiado,—*erro do nome* da cousa deixada. Bem entendido, sabendo-se á quem se-deixa, e o que se-deixa. *Falsa demonstração*, isto é, a indicação erronea de qualquer circumstancia. *Falsa causa* (Art. 419 *supra*, e Not.), isto é, indicação erronea de qualquer razão, ou motivo, da deixa.

Dia do legado é o em que elle *cede*, isto é, póde ser pedido pelo legatario. Se *puro*, cede—*a morte testatoris*—; isto é, póde ser pedido desde a morte do testadôr. Se *á prazo*, não cede senão desde o dia do vencimento do prazo. Se *condicional* ou *condicionado*, não cede senão dêsde o dia do cumprimento da *condição casual* (facto futuro incerto independente da vontade do benfieciado),—da *condição potestativa* (facto futuro incerto dependente da vontade do beneficiado); bem entendido, se esta ultima fôr *condição protestativa positiva* (para o beneficiado exercêr algum acto); não assim, se fôr *condição protestativa negativa* (para o beneficiado abstêr-se de algum acto). Nesta ultima especie, o beneficiado póde logo pedir o legado, prestando caução de restituil-o, se violar a condição; o que procede na especie de *causa final*, isto é, da deixa para fim determinado,—*deixa com encargo*,—*deixa com onus*,—*deixa onerosa*.

(41) Lei de 6 de Novembro de 1827, que derogou o Alv. de 5 de Setembro de 1786, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 34 § 4°. E' inutil citar a legislação anteriôr á semelhante respeito.

Art. 1127. São legados pios não cumpridos, destinados á beneficio dos Hospitaes:

§ 1.° Todas as esmolas de missas, e officios:

§ 2.° Todas as disposições deixadas pelo testadôr em peito, e arbitrio, dos testamenteiros pelo bem de sua alma:

§ 3.° Todas as destinadas para objectos pios, e obras meritorias, não sendo para pessôas determinadas, ainda que seus nomes não sejão declarados; ou para alguma obra certa, e designada (42).

Art. 1128. Tendo o testadôr mandado fazêr alguma obra certa, como Capella, ou outra semelhante, o Juiz a-dará logo de empreitada á quem por menos a-faça (43).

---

(42) Ord. L. 1° T. 62 §§ 14 e 16, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 36.

3.ª ED.

(Vid. Not. ao Art. 1194 *infra*)

« São legados pios (Suzano Cod. Orphan. pag. 105 Not. 101) as esmolas, missas, officios, e mais suffragios, que o defuncto ordenar; os quaes não podem excedêr ao terço da terça:—Lei de 9 de Setembro de 1769 § 6°, instaurada pelo Alv. de 20 de Maio de 1796. »

Ninguem aceite esta informação. O Decr. de 17 de Julho de 1778 suspendeu a Lei de 9 de Setembro de 1769 dos §§ 1° até o 9°, e suspendeu portanto o § 6° della. O Alv. de 20 de Maio de 1796 instaurou outros §§ da cit. Lei, que tambem havião sido suspensos pelo citado Decreto de 1778, porém não aquelle § 6° da Lei de 1769.

Enganou-se pois Per. de Carv. Linh. Orphan. Not. 146, á quem provavelmente seguira Suz. Cod. Orphan.

(43) Cit. Ord. L. 1° T. 62 § 15.

3.ª ED.

Av. n. 67 de 6 de Março de 1854—Posto não dependa de autorisação do Podêr Temporal a *edificação de Capellas* á custa de Irmandades, todavia é incontestavel o direito, que tem a Autoridade Civil, de entendêr sobre a dita edificação, *como*

Art. 1129. Se houvér necessidade de tempo, como casar orphãs, ou outra determinação de igual natureza; o Juiz a-encarregará á pessôa de probidade, assignando-lhe para o devido cumprimento um prazo razoavel (44).

Art. 1130. Os testamenteiros não podem fazêr pagamentos á herdeiros, ou legatarios, sem que primeiramente tenha sido satisfeita a taxa respectiva conforme as Leis em vigôr (45).

Art. 1131. Exceptuão-se, em conformidade das mesmas Leis, os pagamentos feitos á herdeiros necessarios, ou á legatarios isentos do imposto (46).

---

sobre qualquer outra, quando se não guardão as Leis, que a regulão, sendo porisso essencial a licença prévia aonde as Posturas Municipaes a-exigem.

(44) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 15.

(45) Alv. de 17 de Junho de 1809 § 8º, e de 2 de Outubro de 1811.

3.ª ED.

Av. n. 138 de 4 de Abril de 1867—A intelligencia pratica dos Avisos, n. 154 de 16 de Abril de 1863, e n. 470 de 9 de Outubro do mesmo anno, quanto ao julgamento das contas de testamentarias, *sem que estejão pagos os impostos devidos á Fazenda Nacional*,—é serem obrigados os testamenteiros á mostral-os satisfeitos, sendo para esse fim intimados sob pena de remoção e sequestro, não podendo-se julgar por sentença as mesmas contas sem o pagamento prévio dos respectivos impostos.

Fica desobrigado o testamenteiro de pagar aos legatarios, se o testadôr em sua vida alienou a cousa legada, ou transformou-a em outra.

(46) Regul. de 28 de Abril de 1842, e de 4 de Junho de 1845. Este ultimo Regul. é hoje o assento da materia, explicando quaes os herdeiros sujeitos á taxa, e designando os casos de isenção. As alforrias, ou doações de liberdade, em testamento não págão decima—Av. n. 119 de 10 de Setembro de 1847.

« São isentas da taxa (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6º § 4º em accôrdo com o cit. Av. de 10 de Setembro de 1847) as alforrias, ou doações de liberdade, em testamento, e os legados deixados para tal fim. »

« Se a isenção da taxa quanto ás alforrias (Interpretação do cit. Regul. 5º caso) é extensiva aos serviços, que o liberto fique porventura obrigado á prestar? A isenção da taxa em relação ás alforrias é extensiva aos serviços, que o liberto fique porventura obrigado á prestar ao legatario; porquanto a liberdade se-considera perfeita e irrevogavel desde o momento, em que é conferida, ainda mesmo com qualquer onus, o qual (como a prestação de serviços á alguem) não altera a condição e estado de liberdade, retardando apenas o pleno gôzo e exercicio desta. »

A alforria por disposição de ultima vontade póde sêr *directa*, ou *fideicommissaria*.

Dá-se a *directa*, quando o testadôr a-confere sem intervenção de outra pessoa. Dá-se a *fideicommissaria*, quando o testadôr a-encarrega á seus herdeiros, ou á um delles, ou á um legatario, para conferil-a depois de sua morte—Pothier Pandect. Liv. 40 Tit. 4º e 5º princ.

Não fica livre o escravo libertado por testamento, se o testamento não é valido—L. 23 pr. Dig. *de manumis. testam.* Vid. Not. ao Art. 212 sobre o reconhecimento de filhos naturaes em testamento nullo.

Se de muitos escravos do mesmo nome liberta-se um no testamento, sem que se-possa distinguir qual o testadôr queria libertar, nenhum delles será livre—L. 31 Dig. *de manumis. testam.*

Caduca a alforria deixada em testamento, se o testadór aliena o libertado; salvo se o escravo tornar para seu patrimonio—L. 58 D. *de manumis. testam.*

O escravo, á quem se-tem deixado liberdade debaixo de condição, emquanto esta pende, só debaixo della póde sêr vendido—L. 24 § 21 Dig. *de fideic. libert.*

ALFORRIA DIRECTA

O testadôr não póde conferir *alforria directa* senão á seus proprios escravos, isto é, que lhe-pertenção ao tempo do testamento, ou ao tempo de seu fallecimento. A liberdade deixada á escravo de outro sem consentimento do senhôr é nulla, ainda mesmo que o libertante venha depois á sêr herdeiro

do senhôr—L. 20 Dig. *qui et a quib. manumis.*, LL. 35 e 58 Dig. *de manumis. testam.*, e L. 9 Cod. *de testam. manumis.*

Se o escravo pertencêr em commum ao testadôr e á outro, a alforria só aproveita, quando o outro co-proprietario tambem a-conferir—Pothier Pandect. Liv. 40 Tit. 4° e 5° Secç. 1ª Art. 1° § 1° n. 2.

Se o testadôr só tivér núa-propriedade, o escravo não fica livre; fica sem senhôr, isto é, para ficar livre quando o usufructo terminar.—Revogado pela L. 1ª Cod. Liv. 7° T. 15 *comm. de manum.* Salvo se instituio o usufructuario por seu herdeiro, e deu a liberdade á seu escravo debaixo de condição; o usufructuario em tal caso, que fica herdeiro por confusão, vem á sêr o senhôr do escravo, e este fica livre pelo cumprimento da condição—L. 6ª Dig. *de manumis testam.*

Se só tivér dominio resoluvel, ou revogavel, isto é, subordinado ao vencimento de um prazo, ou ao cumprimento de uma condição, a alforria não prevalece—L. 11 Dig. *de manum.* Não é valida a alforria de um escravo legado sob condição, se o herdeiro a-conferio antes do cumprimento da condição—L. 11 Dig. *de manumis.*

Não se-póde dar liberdade por um tempo. Assim, se o testador dissér—dou liberdade á Stycho durante o prazo de déz annos—, reputa-se não escripta esta designação de prazo—LL. 33 e 34 Dig. *de manumis. testam.*

Quando a alforria é deixada pura, e simplesmente, o escravo fica livre desde o fallecimento do testador; quando é deixada á prazo, ou debaixo de condição, o escravo fica livre pelo vencimento do prazo, ou pelo cumprimento da condição—L. 23 § 1°, e L. 25, Dig. *de manumis. testam.* A L. 11 § 2° Dig. deste Titulo contém uma decisão differente dizendo, que o escravo só fica livre desde o momento, em que algum dos herdeiros aceita a herança.

Dou liberdade á meus escravos Stycho, e Pamphylo, se elles dérem a somma de déz; será livre um delles, se dér a somma de cinco, ainda que o outro não dê nada—L. 11 § 1° Dig. *de manumis. testam.*

ALFORRIA FIDEICOMMISSARIA

O testadôr póde conferir *alforria fideicommissaria* á seus proprios escravos, ou á escravos alheios; ainda que estes não sejão do herdeiro á quem institue, ou do legatario á quem deixa alguma cousa—L. 16 Dig. *de fideic. libert.*

O herdeiro gravado do fideicommisso de libertar escravo alheio deve comprar esse escravo, e libertal-o—L. 39 Dig. *de fideicom. libert.*

Só prevalece a alforria fideicommissaria, se o herdeiro, ou ou legatario, della encarregado tem capacidade para succedêr por testamento, ou se a alforria fôr conferida para o tempo, em que esse legatario tivér tal capacidade—L. 31 Dig. *de fideic. libert.*

Dá-se alforria fideicommissaria, ainda que o testadôr não a-declare positivamente, como nos seguintes casos:

1.° Quando pede, que não se-venda, ou aliene, o escravo:

2.° Quando enunciar desejo, de que o escravo não passe á posse de outro. Neste caso, se o fiduciario o-passar, e ainda mesmo que a alienação não seja voluntaria, o escravo fica livre—L. 21 e L. 24 § 7° Dig. *de fideic. libert.*

Não exprimem vontade de conferir alforria estas palavras do testador—eu vos-recommendo tal escravo—L. 41 § 6° Dig. *de fideic. libert.*, e L. 12 Cod. *de fideic. libert.*

Se o escravo do fiduciario vale mais do que o legado, que o testadôr lhe-deixou, fica obrigado o fiduciario á libertar, desde que aceitou o legado, posto que insufficiente. Se o escravo é alheio, o fiduciario não fica obrigado senão quando a deixa fôr de valôr sufficiente para o resgate—L. 24 § 12 Dig. *de fideic. libert.*, e L. 45 § 1° Dig.

Quanto ao herdeiro, se nada fica depois de pagas as dividas, não é obrigado á libertar o escravo proprio—L. 24 § 13 Dig. *de fideic. libert.*, e L. 24 § 14 Dig.

Se o fiduciario foi encarregado de libertar dois ou mais escravos, e para isso não é sufficiente a deixa, deve resgatar segundo as forças desta—L. 24 §§ 17 e 18 Dig. *de fideic. libert.*

Esta lei, quanto ao escravo que de preferencia deve sêr libertado, se o testador não tem designado, deixa em duvida se se-deve recorrêr á sorte, ou attendêr ao merecimento de cada um dos escravos.

Quando o escravo é alheio, e seu dono nada tem recebido pelo testamento, e não consente no resgate, não ha acção contra elle; mas, á todo o tempo que consinta, a alforria aproveita—L. 31 § 4° Dig. *de fideic. libert.*

Em tal caso o legatario conserva o legado do dinheiro deixado para compra do escravo—L. 51 § 2° Dig. *de fideic. libert.*

É applicavel a solução antecedente, quando o dono do escravo exige para o resgate um preço exorbitante. Havendo duvida sobre sêr excessivo ou justo o preço, o Juiz decidirá—L. 31 § 4° Dig. *de fideic. libert.*

Se o testadôr era dono do escravo em commum com outro, o fiduciario deve resgatar a parte do outro, que é obrigado á vendêl-a pelo justo preço de uma avaliação—L. 1ª Cod. *de serv. comm. manum.*

Se o fiduciario fica em mora de conferir alforia, os filhos da liberta nascem livres, ainda mesmo que a mãi não tenha demandado por sua alforria—L. 53 Dig. *de fideic. libert.*

Fica revogada a liberdade fideicommissaria, se depois de sua concessão o senhôr tem feito pôr o escravo á ferros—L. 43 Dig. *de fideic. libert.*

Tambem fica tacitamente revogado, se o senhôr tem deixado, que o escravo seja vendido por seu credôr, á não havêrem fortes razões em contrario—L. 52 Dig. *de fideic. libert.*

ALFORRIA EM FRAUDE DE CREDORES

É nulla a alforria, quando a herança é insolvavel, ainda que se-transmitta á um herdeiro rico—LL. 5ª e 11 princ. Dig. *qui et a quib. manumis.*

Reputa-se em fraude dos credores a alforria dada pelo devedôr, quando este é insolvavel no momento della, ou deve ficar insolvavel em virtude della—L. 10 Dig. *qui et a quib. manumis.*

Ou a divida seja exigivel, ou se-deva á prazo, ou debaixo de condição—L. 27 princ. Dig. *qui et a quib. manumis.*

Entende-se por *credôres* nestes casos todas as pessôas, que por qualquer titulo tem acção contra quem libertou—L. 16 § 2° *qui et a quib. manumis.*

Se a hêrança de quem tem deixado liberdade é solvavel ao tempo de sua morte, e insolvavel ao tempo, em que o herdeiro a-aceita, são nullas as alforrias como deixadas em fraude dos credores—L. 18 princ. Dig. *qui et a quib. manumis.*

Se o devedôr libertou dois ou mais escravos, não são nullas todas as alforrias, prevalecem as primeiras até o ponto de havêr com que se-pague aos credôres. Por exemplo, se as alforrias forem duas, e os credores só forem fraudados por uma dellas, só uma dellas será nulla, a do escravo libertado em segundo logar; salvo se o libertado em primeiro logar fôr de maior valôr, e não chegar o valôr do libertado em segundo

Art. 1132. E' prohibido aos testamenteiros, inventariantes, e legatarios, no intuito de fraudar a Lei, e a Fazenda Nacional, empregar em Apolices de Fundos Publicos o producto dos bens dos fallecidos (47).

---

logar para pagamento dos credores, que aliás ficão pagos com o valôr do libertado em primeiro logar—L. 24 Dig. *qui et a quib. manumis.*

A hypotheca geral não impede a alforria de escravos do devedor, comtanto que este não venha á ficar insolvavel—L. 29 princ. Dig. *qui et a quib. manumis.*

Não assim a hypotheca especial, ainda mesmo que o devedor fique solvavel—L. 3ª Dig. *de manumis.*

Os herdeiros instituidos em testamento fazem concordata de rebate com os credores da herança, e esta é insolvavel. Serão validas as alforrias deixadas no testamento? Pela affirmativa, se o testadôr não teve intenção de defraudar seus credores—L. 54 § 1° Dig. *de manumis. testam.*

3.ª ED.

Av. n. 441 de 21 de Setembro de 1863—Escravos libertados em testamento além das forças da têrça estão sujeitos á restituição do excesso por meio de arrematação dos seus serviços.

Sobre a isenção da taxa de heranças, e legados, hoje imposto de transmissão de propriedade, vigora actualmente o Art. 13 do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 com os seus oito casos.

(47) Off. de 29 de Fevereiro de 1836.

3.ª ED.

A disposição extrahida deste Off. de 29 de Fevereiro de 1836 teve por motivo o Art. 37 da Lei de 15 de Novembro de 1827, que do imposto sobre heranças e legados isentava as Apolices da Divida Publica. O pretextado intuito de illudir a Lei, e defraudar a Fazenda, jamais podéra têr evento pela posterioridade do facto. Bastou recommendar-se em tal Off. a exigencia de certidões sobre já possuirem os fallecidos as Apolices. Cessou o motivo da prohibição, que se-me-afigurou; porquanto o Art. 20 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 revogou o Art. 37 da cit. Lei de 15 de Novembro de 1827, sobrevindo o Regul. n. 4113 de 4 de Março de 1868.

Art. 1133. As dividas confessadas em testamento podem sêr pagas sem demora, e sem dependencia de justificação, quando os testadôres não tenhão herdeiros necessarios no logar, onde fallecêrem (48).

Arts. 1134. Havendo herdeiros necessarios, dever-se-ha só pagar as dividas declaradas em testamento, que coubérem na terça; e para este effeito o Juiz fará um arbitramento, obrigando os credôres á dar fiança segura, e abonada, para restituirem o que levarem de mais (49).

Art. 1135. Os legados de *prestações annuas* se-entendem em cada anno renovados (50).

Art. 1136. A cousa litigiosa póde sêr deixada em testamento por via de legado, e neste caso será obrigado o herdeiro á seguir té o fim a demanda começada com o defunto (51).

Art. 1137. Se o herdeiro vencêr a demanda, entregará a cousa vencida ao legatario; se fôr vencido, não será obrigado á pagar-lhe cousa alguma (52).

Art. 1138. Tem o legatario, se receiar algum conluio em seu prejuizo, o direito de intervir no litigio; sejão quaes fôrem os termos, em que se-ache o processo (53).

---

(48) Prov. de 28 de Abril de 1753.
(49) Cit. Prov. de 28 de Abril de 1753. Não se-observa esta disposicão.
(50) Ass. 1° de 2 de Março de 1786.

3.ª ED.

Excedem sempre a alçada as Causas, em que se-julga sobre *prestações annuas*, quando se-controverte o fundamento da obrigação—Silva á Ord. L. 3° T. 70 § 6° n. 26.
(51) Ord. L. 4° T. 10 § 11.
(52) Cit. Ord. L. 4° T. 10 § 11.
(53) Cit. Ord. L. 4° T. 10 § 11.

Art. 1139. O premio, que ao testamenteiro compete, quando o testadôr não lh'o-deixar; ou elle não fôr herdeiro, ou legatario; será em attenção ao costume do logar, valôr da herança, e trabalho da liquidação, arbitrado pelo Juiz dos Residuos com os recursos legaes (54).

---

(54) Decr. n. 1405 de 3 de Julho de 1854 Art. 1°.
As palavras—*o testador não lh'o-deixar*—não se-achão neste Decreto, são do Regul. de 2 de Outubro de 1851. Conservei-as, porque o premio legal, assim como não se-dá quando o testamenteiro é herdeiro ou legatario, tambem não tem logar, quando o testadôr deixa premio no testamento. Pode-se dizêr, que esse premio do testamento é um legado, e que neste caso o testamenteiro reputa-se legatario, e como tal comprehendido na generalidade do Decreto; porém sempre se-fêz distincção deste legado especial, consistindo quasi sempre na declaração do proprio premio legal, com o nome de—*vintena*—, de que vulgarmente se-usa.
Deve-se reputar premio deixado ao testamenteiro o que fôr deixado á sua molhér, ou á seus filhos? Respondi negativamente, distinguindo quanto á molhér o regime de casamento.
O marido sendo testamenteiro, e a molhér sendo herdeira ou legataria, tem elle direito ao premio? Tambem respondi, distinguindo o regime do casamento.
São isentos do pagamento da taxa (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6° n. 2°) os premios, ou legados, deixados aos testamenteiros, que não excedêrem á vintena testamentaria, pagando-se o imposto do excesso quando taes premios e legados excedêrem a mesma vintena, sendo para este fim arbitrada na fórma do Decr. de 3 de Julho de 1854.

3.ª ED.

Av. n. 45 de 19 de Janeiro de 1869—Ao Poder Judicial compete conhecêr da questão do pagamento da vintena á testamenteiro casado com a herdeira do testadôr, ou a vintena fosse designada em verba do testamento, ou não fosse deixada, reclamando o testamenteiro arbitramento de salario. Sobre esta hypothese decide-se acertadamente com a distincção á cima do regime do casamento. Se o regime fôr de separação de bens, o marido testamenteiro tem direito ao premio, embora sua molhér seja a herdeira do testadôr.

Art. 1140. O referido premio não poderá excedêr de cinco por cento, e será deduzido somente da terça, quando houvérem descendentes, ou ascendentes; e de toda a fazenda liquida, nos outros casos (55).

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 13 n. 2º— São isentos do impôsto os *premios, ou legatados, aos testamenteiros, até a importancia da vintena*, sendo esta arbitrada na forma do Decr. de 3 de Julho de 1854. (Resol. do 1º de Julho de 1817, e Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6º n. 2º.)

Sobre este assumpto lêião-se as Observ. do Sr. Rebouças pags. 140, 141, e 142, que me-parecêrão simplesmente illustrativas, se não envolvem censura estas palavras: « e confunde-se em alguns casos, e em outros distingue-se o legado do premio ao testamenteiro, que o-deva preterir da vintena, ou confundir-se-lhe. » Se envolvem censura, não posso defendêr-me, porque não as-entendo.

(55) Cit. Decr. n. 1405 de 3 de Julho de 1854 Art. 2º, que deve regular hoje esta materia; tendo cessado, quanto ao modo de contar o premio legal, o cit. Art. 37 do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851; e o Decr. de 23 de Janeiro de 1798, que attestára ser de praxe testamentaria dar-se o premio da vintena do que se-apurava da herança.

Como se-regula o premio legal, que deve vencêr o testamenteiro, quando o testadôr não lh'o deixa; está claro, que do premio deixado em testamento não póde sêr privado o testamenteiro, ainda mesmo que seja herdeiro, ou legatario. Se ao testamenteiro, que é herdeiro, ou legatario, o testadôr deixar a vintena, ou premio da lei, esta disposição cumpre-se, como a de qualquer outro legado.

Se o testadôr tem herdeiros necessarios, o que não póde fazêr é ultrapassar os limites da terça, de que só lhe-é permittido dispôr.

3.ª ED.

« No Fôro (Azev. e Castro Imp. de Transmis. pag. 14 Not. 34) tem-se entendido, que, deixando o testadôr legado ao testamenteiro sem declaração de sêr em compensação do seu trabalho, pode este renunciar o legado, e optar pela vintena, o que me-parece um abuso. Já se-deu mesmo o caso de marcar o testadôr a porcentagem, que devia cabêr ao testamenteiro pela liquidação do seu espolio, considerar o testamenteiro essa porcentagem um legado, requerêr a vintena, que lhe-foi arbitrada em 5 %, quando o finado só designára 2 %. »

E' abuso manifesto, porque na testamentaria de nomeação do testadôr ha uma offerta de mandato, que ao testamenteiro é livre aceitar, ou não aceitar. Aceitando, aceita-o com as suas clausulas, nada pode pretendêr fóra dellas.

CAPITULO VI

Das partilhas

Art. 1141. O conjuge sobrevivente, cabeça de casal nos termos dos Arts. 148, 149, e 150, dará *partilha* de todos os bens communs aos herdeiros legitimos do conjuge fallecido, segundo a ordem de successão estabelecida no Cap. I deste Titulo (1).

---

(1) Ord. L. 4º T. 96 princ., e § 15.

Sobre partilhas, que os ascendentes em vida fazem com seus descendentes—Not. ao Art. 417 § 1º *supra*.

3.ª ED.

A *partilha* é a operação distinctiva da acção—*familiæ erciscundæ*—, nascida do direito hereditario, uma das três do *Juizo Divisorio*. As outras duas acções do *Juizo Divisorio*, nascidas de *quasi-contracto*, são:—a *communi dividundo*—, cuja operação distinctiva é a *divisão*;—e a *finium regundorum*, cuja operação distinctiva é a *demarcação*.

Na *partilha*, e *sobre-partilha* (operação primeira) entrão *bens* de todas as especies, uma vêz que sejão *pecuniarios*;—*pecuniarios, corporeos* ou *incorporeos*;—*corporeos, moveis, immoveis*, ou *semoventes*; e taes bens, representados em dinheiro, partem-se; isto é, dividem-se *abstractamente* por *partes aliquotas*,—partes exhaustivas do *monte-partivel*,—*partes* limpas do *monte-mór*, da herança.

Na *divisão* (operação segunda) entrão somente *bens corporeos*, que são *divisiveis* (Not. ao Art. 1166 *infra*); e taes bens dividem-se *concretamente* por *partes heterogeneas* da cousa commum (quanto á bondade, utilidade, valôr, de cada parte),

Art. 1142. Havendo *testamento*, cumprir-se-hão suas disposições, salvo o direito dos *herdeiros necessarios*; e ao testamenteiro compete procedêr á inventario, administrar os bens, e dar partilhas, na falta do conjuge, ou de herdeiros descendentes, ou ascendentes, á quem pertença ficar em posse e cabeça de casal (2).

---

mas partes *identicas* em si mesmas e no todo originario. Esta segunda operação, na acção *communi dividundo*, só é usada no Fôro para dividir *terras em commum*; dando á cada um dos *communeiros* (*co-proprietarios—condominos,—compartes,—communistas,—consenhores*) o *direito de marcação*; isto é, de distinguir suas partes no solo dividido por *marcos*, cuja destruição ou damnificação é punivel pelo Art. 267 do Cod. Crim.

Na *demarcação* (operação terceira) entrão somente *predios confinantes*, cujos *limites* estão confusos, para que se-aviventem, ou se-demarquem, terminando pelo—*tombo*—. Sobre as três Acções do Juizo Divisorio—Corr. Tell. Doutr. das Acç. §§ 146 á 152, 225 á 279, e 280 á 285.

Sobre *atombamentos*:—A. C. de Menezes Prat. dos Tombos.

Quanto aos bens não communs no casamento, não se-faz partilha, observa-se o convencionado na escriptura antenupcial sobre a *reversão do dote*, ou outro qualquer pacto.

(2) Cit. Ord. L. 4° T. 96 princ., e Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1° § 2°.

—*Salvo o direito dos herdeiros necessarios*—Tomei a liberdade de ampliar um pouco as palavras da cit. Ord. L. 4° T. 96 princ.: *e não havendo herdeiros descendentes —, ou ascendentes —*, porque as legitimas destes são fraudadas, não só pelo modo já indicado no Art. 1010, como quando são oneradas por condições, encargos, ou legados—LL. 32, 33 pr., e 36, Cod. *de inoff. testam.*, e Lob. Obrig. Recipr. § 336; quando o ascendente determina, que alguma das legitimas seja preenchida com certos bens em prejuizo das outras—Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° n. 1656; ou quando o testadôr toma em sua terça certos bens em detrimento das legitimas—Lob. Acç. Sum. Suppl. Dissert. 5ª, Obrig. Recipr. § 402, e Corr. Tell. Dig. Port. Tom. 3° n. 1685.

Qual o conjuge, á quem pertence ficar em posse e cabeça de casal? Vid. Arts. 148, 149, e 150, *supra*. Dizendo a Ord. L. 4° T. 95 princ.—*vivia em casa teúda e manteúda*—, segue-se, que não compete ser cabeça de casal á viúva sobrevivente, se vivia separada do conjuge fallecido.

Quaes os herdeiros descendentes, ou ascendentes, á quem pertence ficar em posse e cabeça de casal? Vid. Art. 1143 *infra*. Se dois ou mais herdeiros necessarios ficão na posse dos bens communs, o Juiz deve designar o mais idoneo—Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1021.

O juramento dos inventariantes póde sêr prestado por procuradôr? Deve sêr pessoal—Man. do Procur. dos Feitos Addit. Not. 594.

3.ª ED.

Havendo testamento—, bem entendido, valido, exequivel, ou tanto quanto o-seja. Nas hypotheses contrarias, as qualificações são estas:

Testamento nullo—, o que não é valido por *nullidades* de —*forma*,—*modo*,—*objecto*,—*capacidade*. Sendo nullidade dependente de annullação, a disposição é exequivel, salvo os direitos assecuratorios:

Testamento rôto—, ou por outro testamento valido posterior, ou por *agnação do posthumo* (Art. 1015 *supra*):

A expressão—*testamento injusto*—não-designa caso diverso, mas sim o—*testamento nullo por nullidade de forma*; isto é, falta de solemnidades externas:

A expressão—*testamento irrito*—nada exprime hoje senão o mesmo, que—*testamento nullo*—. Designava-se outr'ora o *testamento nullo* por *nullidade de capacidade activa*, quando esta nullidade, não se dando ao tempo da facção do testamento, sobrevinha depois ao testadôr por *escravidão*, *pena de morte*, *arrogação*, o que actualmente não é possivel. A loucura superveniente não annulla o testamento, como prova o Art. 995 *supra*. Vid. Not. 1 ao Art. 993 *supra* sobre a *capacidade testamentaria activa*, onde não se-attende á taes incapacidades supervenientes.

A expressão—*testamento inofficiôso*—tambem não designa caso diverso, mas sim o *testamento nullo* por *nullidade de capacidade passiva*, na hypothese de instituição com preterição, ou desherdação injusta, dos *herdeiros necessarios* ou *legitimarios*. Vid. Arts. 1008 á 1018 *supra*.

Art. 1143. Ficando algum dos filhos, ou outro herdeiro, na posse dos bens communs; essa posse deve sêr mantida, e aos mais interessados só compete o direito de pedir partilha ao co-herdeiro possuidôr dos bens (3).

Art. 1144. As partilhas são judiciaes, ou amigaveis; e estas só tem lugar, quando não houverem herdeiros menores (4).

A expressão—*testamento destituto*—não indica *testamento nullo*, mas sim *testamento valido sem herança adida, por não podêr*, ou *por não querêr*, adil-a o herdeiro instituido.—*Por não podêr*, isto é, por têr morrido, caso de *instituição caduca* ou *deixa caduca*. *Por não querêr*, isto é, por ter renunciado a herança, assignando o respectivo *termo de abstenção* em Juizo. Em ambos os casos, *não implemento da condição* na instituição condicional; —*condição casual, condição potestativa*—, *condição mixta*.

(3) Ord. L. 4° T. 96 §§ 9° e 14.

3.ª ED.

A acção d'esbulho (Art. 811 *supra*), que compete á viúva cabeça de casal no caso do Art. 151 *supra*, compete igualmente ao co-herdeiro cabeça de casal nas mesmas circumstancias.

(4) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 18, Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 14, e Decis. n. 33 de 31 de Janeiro de 1852. Que não se-póde fazêr partilha amigavel, havendo herdeiros menores, é o que se-infere dos §§ 4° e seguintes da Ord. L. 1° T. 88.

A impossibilidade de fazêr partilha amigavel, se houvérem herdeiros menores, procede, quando algum dos herdeiros fôr demente, ou prodigo declarado por tal.

Quando a Fazenda Publica fôr interessada por decima, ou taxa de herança ou legado, os inventarios devem sêr feitos judicialmente—Alv. de 17 de Junho de 1809 § 9°, e Regul. n. 156 de 28 de Abril de 1842 Arts. 1° e segs. Mas isto não impede, que as partilhas sejão amigaveis, uma vez que a Fazenda Publica esteja paga—Av. n. 33 de 31 de Janeiro de 1852, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 79 § 2°.

Art. 1145. Podem sêr celebradas as amigaveis por escripturas publicas, e termos judiciaes; ou por escriptos parti-

---

A partilha póde ser amigavel em relação á certos bens da herança, e judicial quanto á outros bens.

3.ª ED.

Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 7° § Un.—A partilha dos bens poderá effectuar-se amigavelmente, satisfeito previamente o impôsto devido na fórma deste Regulamento.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 12:—A disposição do Art. 7° do Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 não é applicavel aos inventarios, em que só houverem *herdeiros necessarios*.

Quaes sejão *herdeiros necessarios*, veja-se o Art. 1006 *supra*.

Av. n. 157 de 27 de Maio de 1872—Nas Comarcas Geraes os Juizes Municipaes, ou de Orphãos, conforme a natureza da Causa, processão as partilhas de qualquer quantia; mas só tem competencia para julgar as que não excedem de 500$000.

Av. n. 259 de 9 de Agosto de 1872—Pelo julgamento das partilhas de mais de 500$000, cujo processo incumbe ao Juiz Municipal, deve o Juiz de Direito percebêr os emolumentos do Art. 35 do Regim. de Custas.

Av. n. 384 de 15 de Outubro de 1872—Explica o antecedente de 9 de Agosto do mesmo anno.

Av. n. 169 de 28 de Abril de 1873—Nos processos de Inventario compete ao Juiz Municipal o julgamento da liquidação de contas de mais de 500$000 para pagamento dos impostos provenientes de legados.

Av. n. 360 de 8 de Outubro de 1873—E' da competencia do Juizo da Provedoria dos Residuos o inventario, e partilha, dos bens de defuntos, que deixão testamento sem herdeiros orphãos, ou interdictos.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 30—Repete a mesma disposição á cima do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 12.

Av. n. 264 de 11 de Agosto de 1874—O Juiz de Direito, como julgadôr do Feito, não só pode, como deve, mandar proceder á alteração, que parecer conveniente para regularidade da partilha.

culares nos casos, em que a Lei os-admitte (5). (Arts. 368 e 369)

Art. 1146. Valerá comtudo a partilha, que os herdeiros maióres, autorisados pelo Juiz no caso de havêr algum menor, fizérem com o pai, ou a mãi, sobrevivente (6).

Art. 1147. E' porém necessario, que a meação dividida, e pertencente aos herdeiros maióres e ao menor, seja depois entre elles judicialmente partilhada (7).

---

(5) Ord. L. 4º T. 96 § 18—*fôr por elles assignado em escriptura publica, ou actos publicos*—. Cit. Regul. n. 681 Art. 14, e cit. Decis. n. 33 de 31 de Janeiro de 1852—*por escripturas publicas ou particulares*—. Somente as celebradas por—*termos judiciaes*—devem sêr julgadas por sentença; porém está em costume requerêr a homologação em todos os casos, tirando os herdeiros seus formaes. A Ord. L. 1º T. 78 § 12 falla de escripturas, que, por maior firmeza, se-julgão por sentença.

Judiciosamente observa Lobão Obrig. Recipr. § 722, que a sentença confirmatoria de partilhas amigaveis não tem a mesma força, que a Ord. L. 4º T. 96 § 22 dá ás sentenças de partilhas extrahidas dos processos de inventario. Observa mais §§ 723, e 724, que as escripturas publicas de partilhas amigaveis podem ser ajuizadas por assignação de déz dias, e que os escriptos particulares de taes partilhas podem sêr ajuizados por acção de reconhecimento nos termos da Ord. L. 3º T. 25 § 9º.

3.ª ED.

Feitas por escriptos particulares as partilhas amigaveis, e requeridos seus julgamentos por sentença, os Juizes por demais mandão ratifical-as; lavrando-se pois um *termo de ratificação*, que todas as partes assignão. Não se-julgão por sentença sem juncção dos conhecimentos da decima do actual semestre, matricula especial, e taxa de escravos, cotação de fundos publicos, e pago o imposto de transmissão de propriedade.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 6º. Esta disposição é obsoleta, os Praxistas mais modernos nem a mencionão, não ha della exemplo em nosso Fôro.

(7) Ord. L. 4º T. 96 § 6º.

Art. 1148. Quando houvérem herdeiros menores, o Juiz dos Orphãos fará inventario de todos os bens da herança, deferindo juramento á pessoa, em cujo podêr ficarem, para que os-descreva com exactidão (8).

---

(8) Ord. L. 1º T. 88 §§ 4º e 7º.

— *Quando houvérem herdeiros menores*—: tambem quando houvérem herdeiros dementes, ou prodigos declarados por taes.

Se estes incapazes fôrem menores filhos de Francêzes, Suissos, Italianos, Portuguêzes, e Hespanhóes, ou herdeiros de estrangeiros destas Nações, deve-se têr em vista as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2º *supra*, que declarão pertencêr aos respectivos Consules o direito de administrar, e de liquidar, as heranças.

3.ª ED.

Ass. de 17 de Junho de 1651—O *Inventario* do ultimo conjuge deve ser feito por dependencia no Juizo do *Inventario* do conjuge premôrto.

Av. de 1 de Julho de 1834:—O Juiz competente para factura do *Inventario* é o do domicilio do defunto, e não o da residencia dos herdeiros.

Av. n. 65 de 15 de Fevereiro de 1855—Posto que deva ser mantida a pratica de serem processados no mesmo Cartorio os *Inventários* dos conjuges fallecidos, é todavia certo, que o *segundo Inventario* tambem carece de distribuição.

Av. n. 413 de 27 de Setembro de 1860—Os Empregados do Juizo só podem recebêr custas nos *Inventarios*, em que são interessados Orphãos, depois de concluido o processo.

Av. n. 170 de 21 de Junho de 1870—Os Escrivães de Orphãos tem direito ás custas, e estada, nos Inventários dentro das Villas, e Cidades.

Av. n. 186 de 15 de Junho de 1872—Compete ao Juiz substituto da Vara de Orphãos, no impedimento do proprietario, preparar os Processos de Inventario, assistir ao expediente do Cofre, presidir as praças, e exercêr todos os actos de jurisdicção, *exclusive* as sentenças.

Av. n. 152 de 24 de Abril de 1873—Nos casos de herança de defuntos testados, o Juiz de Orphãos só é competente para o inventario (além da outra hypothese desse mesmo Av. citado ao Art. 1233 *infra*), quando houvérem herdeiros or-

phãos, ou interdictos, em cujo numero não se-comprehendem os ausentes, conforme se-deduz do Art. 83 do Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

Esse Decr. de 1871 (Novissima Ref. Jud.) Art. 83 diz: —O inventario e partilha dos bens de defuntos, que deixarem testamento sem herdeiros orphãos, ou interdictos, é da competencia do Juiz da Provedoria. Na falta de testamento, e de herdeiros orphãos ou interdictos, será feito o inventario e partilha pelo Juizo commum.

« Não se-tendo feito (Miscel. de Rodr. pag. 181) o primeiro inventario por morte de um dos conjuges, pode-se no segundo *provar com testemunhas* quaes os bens, que existião ao tempo do primeiro. »

Provar com testemunhas onde, e porque via? No inventario, por via de justificação, não é possivel. Só portanto no Juizo contencioso por via de acção, que no segundo inventario se-deixa direito salvo á disputar.

« Quando os *herdeiros todos maiores* (Miscel. de Rodr. pag. 182) requerêrem inventario perante o Juiz de Orphãos, ahi se-pode fazêr, porque a Ord L. 4° T. 96 § 18 permitte aos maiores fazer inventario aonde quizérem, e o Escrivão do Juiz Municipal nenhum direito tem de reclamar. »

A Ord. L. 4° T. 96 § 18, por mim citada aos Arts. 1144, 1179, e 1180, *infra*, não autorisa inventarios no Juizo de Orphãos com *herdeiros todos maiores*. Além de que, na propria Miscel. de Rodr. pag. 183 tambem lê-se contradictoriamente, que « entre maiores o inventario é sempre feito no Juizo commum, embora hajão herdeiros ausentes em logar sabido. » Ora, tal decisão é a que agora confere com o Art. 83 da Novissima Ref. Jud., que n'esta Not. á cima transcrevi, e que abona o citado Aviso n. 152 de 24 de Abril de 1873.

« Se o menor (Suz. Cod. Orphan. Not. 9 pag. 8) se emancipar antes de feitas as *partilhas*, pára o processo destas; a *simili* do ausente, que apparece:—Decr. de 15 de Junho de 1859 Arts. 3° e 4°. »

Não procede o *simile*, porque no caso de arrecadação por ausencia o facto superveniente do apparecimento dá-se na pessoa, á quem pertencem os bens arrecadados e inventariados; e, no caso do inventario por fallecimento, o facto superveniente da emancipação dá-se em um dos herdeiros. Em um dos herdeiros, digo, porque não ha *partilha* sem dois comptes ao menos. Não pára, pois, o processo da partilha, domina a regra:—*ubi acceptum est judicium, ibi finiri debet*—.

Impéra esta mesma regra, quando, correndo o inventario no Juizo commum entre maiores, fallece algum delles com herdeiro menor. A causa não se-avoca para o Juizo de Orphãos. A competencia determina-se ao principio das Causas com *prevenção perfeita*:—Per. e Souz. Linh. Civ. Nots. 38 e 86.

Art. 1149. O Juiz dos Orphãos, pena de responsabilidade, deve começar o inventario no prazo de um mêz, á contar do dia do fallecimento do pai, ou da mãi, dos menores; ou do dia, em que soubér, que ha menores interessados em alguma herança (9).

Art. 1150. Serão descriptos no inventario os bens immoveis pelas suas confrontações e situação, os moveis por seus signaes distinctivos. Se houvérem bens alheios, deve-se declarar á quem pertencem, e se nelles os menores tem algum direito (10).

(9) Cit. Ord. L. 1° T. 88 §§ 4° e 7°. A deixa de legados á menores não é motivo para o Juiz dos Orphãos intrometter-se á fazêr inventarios entre maiores, competindo-lhe somente em taes circumstancias provêr á arrecadação e administração de taes legados, quando os menores legatarios não tivérem pai.—Av. de 28 de Novembro de 1834.

—*Menores interessados em alguma herança*—: Salvo quando menores fôrem legatarios de uma quota da herança—Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1021, e Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 1.

(10) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 4°.

3.ª ED.

« Os *bens alheios* (Suz. Cod. Orphan. Not. 6), que estejão em podêr do defunto, não se-mandarão entregar, sem que os credores requeirão, e todos os herdeiros convenhão, ou sejão convencidos. »

Assim deve sêr, e pratica-se. Pelos menores convem na entrega, ou são convencidos no Juizo contencioso, seus tutôres

Art. 1151. Tambem serão descriptas todas as dividas, activas e passivas, declarando-se as respectivas escripturas por seus objectos; e pelo nome do Tabellião, que as-lavrou (11).

---

ou curadôres, e tambem o Curadôr Geral na primeira das hypotheses.

O Av. de 13 de Agosto de 1834, citado ao subsequente Art. 1151, sobre justificações no Juizo dos Orphãos de *dividas passivas* procede no caso actual de *bens alheios*; porque são credôres da herança aquelles, á quem compete o direito de requerêr a entrega restitutoria.

O Av. n. 56 de 3 de Fevereiro de 1855, citado ao Art. 1233 *infra* sobre bens pertencentes, ou não, ás heranças jácentes, só por analogia procede no caso final deste nosso Art. 1150.

(11) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 4°.

Para os credores é indifferente, que as dividas passivas da herança sejão descriptas no inventario. Os credores podem intentar suas acções contra os herdeiros, tenhão ou não as dividas sido descriptas; e ainda mesmo que tenhão sido attendidas nas partilhas, separando-se bens para o pagamento dellas.

Esta separação de bens em partilhas para pagamento das dividas da herança não obriga os respectivos credores. Se os bens separados vão á praça, e não achão lançadôr; não ha adjudicação com abatimento, como no caso de execução viva de sentenças.

Taes separações não dão direito aos testamenteiros e inventariantes para fazerem seus os bens separados, por terem pago as dividas (Vid. Arts. 595 § 5°, e 596 § 5°, Consolid.). Em todo o caso os bens separados devem sêr vendidos em hasta publica. Se não achão lançadôr, podem sêr novamente avaliados, e irem á praça por um preço menor. Se o producto da arrematação excedêr ao valor da divida, a sobra pertence aos herdeiros, e não exclusivamente ao testamenteiro e inventariante. E se o producto da arrematação não chegar para pagamento da divida, os herdeiros são responsaveis pelo restante, cada um segundo sua quota hereditaria. Se os credores convêm em recebêr para seu pagamento os bens separados na partilha, esta *datio in solutum* deve sêr consentida por todos os herdeiros.

Sobre dividas activas da herança, quando os devedôres são os proprios herdeiros, Vid. Not. ao Art. 1208 *infra*.

3.ª ED.

Av. de 13 de Agosto de 1834—Ao Juiz de Orphãos compete admittir as justificações das dividas activas, ou passivas, dos casaes, de que fizér os inventarios; quando ellas, por sua insignificancia, ou incontestavel clareza, dispensarem discussão contenciosa; devendo apurar-se perante as justiças ordinarias, todas as vêzes que admittirem contestação.

Av. n. 198 de 7 de Julho de 1870—Nas partilhas entre orphãos se póde fazêr separação de bens para pagamento de credores, realisando-se este, ou pela venda dos bens em praça, ou pela adjudicação não havendo arrematantes.

Av. n. 253 de 30 de Julho de 1874—Quando os bens de um espolio, levado á praça para pagamento de credôres, são remidos pelos herdeiros antes da arrematação, deixando esta de verificar-se, os empregados do Juizo devem percebêr somente as custas relativas aos actos praticados até ser feita a remissão.

« As dividas activas, e passivas (Suz. Cod. Orphan. Not. 6), declarão-se no inventario para constar quem os credores, e quem os devedores; mas é conveniente *fazer citar os devedores para vêrem descrevêr suas dividas*, afim de que, oppondo-se elles, ou acquiescendo, se-possão na partilha reputar liquidas ou illiquidas; e então *as liquidas se cobrarão executivamente em virtude da sentença de partilha*, e para as illiquidas os herdeiros usarão das suas acções. »

Não é aceitavel, nem tem exemplo na praxe do nosso Fôro, essa recommendação sobre as *dividas activas* das heranças inventariadas. Se os devedôres dellas não estão sujeitos á jurisdicção do Juizo de Orphãos, como póde tal Juizo mandar cital-os? Embora acquiesção esses devedôres, embora em tal caso reputem-se liquidas as dividas; a cobrança executiva é impossivel, porque as sentenças de partilha só tem execução entre o cabeça de casal e coherdeiros, e não contra terceiros. E' o que reconhece Per. de Carv. Linh. Orphan. § 110 e Not. 201, que foi contradictoriamente o insinuadôr da recommendação de Suz., como vê-se nas mesmas Linh. Orphan. Nots. 135 e 202. São *contradicções* nos Autores suas arbitrarias excepções ás regras legaes, que elles aceitão, e não podião recusar.

« Adjudicando-se bens (Miscell. de Rodr. pag. 106) para pagamento de um credor á um dos herdeiros do monte, para este herdeiro pagar ao credor; póde qualquer outro herdeiro

Art. 1152. Descriptos os bens, serão avaliados pelo Juiz e Escrivão, e dois ou três peritos juramentados, escrevendo-se no inventario os valôres de todas as avaliações (12).

requerêr praça nesses bens, mesmo depois de julgada por sentença a partilha etc. Este parecêr deve ser entendido, quando o credôr não concordou nessa adjudicação; porque, concordando, cessa a responsabilidade dos outros herdeiros, e só fica devedor o herdeiro adjudicatario. »

« Deve-se entendêr (Miscell. de Rodr. pag. 181), quando essa adjudicação não tenha sido feita com acquiescencia dos credores, e dos outros herdeiros, em relação á seus quinhões. Ainda assim não é liquida a questão, a lei desconhece esse meio de embaraçar a execução de uma sentença. »

Distinguamos as hypotheses, para que a questão se-liquide. No primeiro periodo á cima a questão é proposta pelo lado do co-herdeiro, que requer praça dos bens adjudicados á outro co-herdeiro para pagamento da divida passiva da herança. No segundo periodo é proposta pelo lado do credor da herança, cuja divida manda-se pagar por esse meio. A primeira solução é boa, reconhecendo-se porém que qualquer co-herdeiro póde requerêr a praça, ainda mesmo que o credor tenha concordado na adjudicação; quando entenda que os bens forão adjudicados por baixo preço, e que em praça podem alcançar mais vantajôso. A segunda solução tambem é boa, porque taes adjudicações não embaração a marcha legal da execução creditoria; mas o credor não póde tambem impedil-as, nem recusar o pagamento offerecido pelo co-herdeiro adjudicatario.

(12) Ord. L. 1° T. 88 § 5°. Tal é a redacção deste §, mas actualmente as avaliações dos inventarios são feitas por avaliadôres escolhidos pelas partes interessadas, que nelles se-louvão em conformidade da Ord. L. 3° T. 17, representando os menores no acto da louvação em audiencia seus respectivos Tutôres ou Curadôres, e o Curadôr Geral. O Alv. de 21 de Junho de 1759 mandava, que o Juiz do Inventario nomeasse para avaliadôres os Juizes dos Officios, o que não existe hoje por bem do § 25 Art. 179 da Const. do Imp. Tambem não existem hoje Avaliadôres nomeados pelas Camaras, de que tratão a Ord. L. 3° T. 17 § 1°, e Alv. de 25 de Agosto de 1774 §§ 29 e 30. As disposições, que estabelecem regras sobre as avaliações em geral, pertencem ás Leis do Processo.

Art. 1153. Havendo filhos, ou netos menores, deve o conjuge sobrevivente, sob as penas dos Arts. 181, 196, 226, e 227, fazêr inventario de todos os bens do casal dentro de dois mêzes, á contar do dia da morte do conjuge fallecido (13). (Arts. 182, e 197) Veja-se a palavra -Inventario; nota 110.

3.ª ED.

Av. n. 396 de 31 de Outubro de 1857—São considerados Officios de Justiça os de Contadôr e Distribuidôr, bem como os de *Partidôres* pelo Av. n. 185 de 19 de Outubro de 1854; não estando porém os *Avaliadôres* no mesmo caso, porque devem servir, quando precisos, *os que fôrem nomeados pelas partes*.

Av. n. 14 de 15 de Janeiro de 1858—Aos *Avaliadôres* dos Feitos da Fazenda, por cada terreno que avaliarem, estando misticos uns aos outros, competem os mesmos salarios, que percebem os *Avaliadôres* nas Causas particulares.

Av. n. 253 de 30 de Agosto de 1858—Não obstante a Resolução de Consulta de 24 de Abril de 1852, devem conservar-se os direitos dos *Avaliadôres* anteriôrmente providos vitaliciamente.

Av. n. 198 de 8 de Maio de 1862—As Assembléas Provinciaes não podem crear Officios de *Avaliadôres*.

Av. n. 195 de 14 de Abril de 1869—O Juiz de Orphãos não pode nomear *Avaliadôres* contra o disposto na Lei.

Av. n. 31 de 26 de Janeiro de 1870—Os logares de *Avaliadôres* não são Officios de Justiça, não são postos em concurso, devendo continuar a praxe da *nomeação pelas partes interessadas em cada Causa*.

Av. n. 51 de 6 de Fevereiro de 1871—Deve sêr mantida a pratica da nomeação de *Avaliadôres* do Juizo de Orphãos *d aprazimento das partes interessadas*.

(13) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 8°.

3.ª ED.

Não temos lei, que marque prazo para os inventarios entre pessôas *sui juris*, que não correm pelo Juizo Orphanologico. Segue-se pois sêr livre ás partes interessadas, passados os *dias de nôjo* (os nove dias nos casos da Ord. L. 3° T. 9° § 9°), requerêr ao herdeiro, ou á quem incumbir fazêr o

Art. 1154. O prazo, marcado no Art. antecedente para o inventario, só póde sêr prorogado por concessão do Tribunal da Relação do districto, allegando-se, e provando-se, justo motivo para tal prorogação (14).

Art. 1155. Sonegando o inventariante quaesquer bens, que fossem do defunto ao tempo do seu fallecimento; além de incorrêr no crime de perjurio, não terá parte alguma no que sonegar, e pagará em dôbro para os menores o volôr dos sonegados (15).

---

respectivo inventario, para em um prazo improrogavel (de ordinario o de cinco dias, como no caso do Art. 1171 *infra*) assignar termo de inventariante, e proseguir nos ulteriôres do inventario, pena de sequestro. Vid. Not. ao Art. 978 *supra*.

(14) Alv. de 24 de Julho de 1713, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 6º, Regul. de 3 de Janeiro de 1833 Art. 9º § 11, e Art. 62.

3.ª ED.

Regul. n. 5618 de 2 de Maio de 1874 Art. 10 § 4º, e Art. 134. Este é o Novo Regul. das Relações do Imperio, elevando á 11 as 4 até então existentes. No cit. Art. 10 § 4º diz simplesmente :—Concedêr prorogação do prazo até seis mêzes para se-procedêr á inventario—. Dizendo porém o anteriôr Regul. de 1833 Art. 9º § 11 :—Prorogar por seis mêzes o tempo do inventario, *havendo impedimento invencivel, pelo qual se não podesse fazêr no termo da lei*— : segue-se a franqueza de taes prorogações, ainda que não se-prove *impedimento invencivel*, bastando provar difficuldades, ou inconveniencias.

(15) Ord. L. 1º T. 88 § 9º.

— *Para os menores*— e d'ahi a duvida de procedêr esta Ord. nos inventarios entre maióres. Divergem os Praxistas, e tem igualmente divergido os arestos.

3.ª ED.

« Para procedêr esta pena (Suz. Cod. Orphan. pag. 10 Not. 11) é preciso, que o inventariante seja citado para dar ao inventario os bens sonegados (apontando-se quaes sejão)

Art. 1156. Deve sêr citado para a partilha o co-herdeiro, que estivér ausente em logar certo e sabido, onde possa têr a devida sciencia para comparecêr por si ou por seu procuradôr (16).

Art. 1157. Estando ausente fóra da terra, de modo que se o não possa facilmente citar, o co-herdeiro, que pedir partilha, póde sêr provisoriamente aquinhoado pelo Juiz em uma parte da propriedade commum (17).

Art. 1158. Esse herdeiro provisoriamente aquinhoado não será obrigado, quando se-fizér a definitiva partilha, á restituir os fructos percebidos; e, tendo feito grandes bemfeitorias, deve sêr indemnisado (18).

Art. 1159. Emquanto o ausente não comparecêr, ou não fôr citado, o herdeiro inventariante dará aos co-herdeiros presentes sua respectiva parte nos rendimentos dos bens,

---

sob pena desta Ord.; e, julgada a comminação e rebeldia por sentença, pede-se em libello a pêrda, e o valôr duplo dos bens sonegados. Se o inventariante se oppozér com embargos á comminação, e negar os bens apontados, deve o autôr provar, que elle os-sonega, para então se-julgar, ou não, incurso na pena; e passando esta em julgado, procederá o libello. »

Que as penas dos sonegados segundo a Ord. L. 1º T. 88 § 9º demandão-se por acção ordinaria (libello), não ha duvida; mas sem a inutil dependencia dessa acção comminatoria, ou de embargos á primeira, inculcada pelo Cod. Orphan. Basta que, em Autos do Inventario, qualquer dos interessados, e pelos menores seus tutôres, curadôres, ou o Curador Geral, aponte em requerimento os bens sonegados, e peça a citação do inventariante para dal-os á inventario, pena, se o não fizér, de sêr demandado por acção competente.

(16) Ord. L. 4º T. 96 § 2º.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 1º. Não se-observa esta disposição antiquada, assim como a dos quatro Artigos subsequentes.

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 1º.

reservando a parte do ausente para lhe-sêr entregue quando comparecêr (19).

Art. 1160. Em tal caso cada um dos co-herdeiros pagará ao inventariante a quota correspondente das despêzas com a cultura e aproveitamento dos bens (20).

Art. 1161. Se não comparecêr o herdeiro citado para a partilha no prazo, que se-lhe-assignar, dar-se-ha aos mais co-herdeiros suas respectivas partes, não tendo elles obrigação de restituir os fructos e rendimentos, como no caso do Art. 1158 (21).

Art. 1162. Entrarâõ na partilha todos os fructos dos bens communs, levando-se em conta ao inventariante as despêzas, que houvér feito (22).

Art. 1163. A mãi viúva, se foi casada pelo regime da communhão, tem a mesma obrigação de partilhar com os filhos, ou outros herdeiros do conjuge fallecido, os fructos dos bens da herança (23).

Art. 1164. Se a mãi viuva comprar, ou adquirir, bens com os fructos, ou dinheiro, da herança; os filhos, ou outros herdeiros do marido, podem exigir a partilha dos proprios fructos, ou a dos bens, que com elles forão adquiridos (24).

Art. 1165. A mesma escôlha tem os filhos da parte da molhér somente ou outros seus herdeiros, em relação ao marido

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 2°.
(20) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 2°.
(21) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 3°.
(22) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 4°.
(23) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 7°.
(24) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 7°. Por Direito Romano não se-dava esta alternativa, porquanto o conjuge sobrevivente só tinha obrigação de partilhar os fructos, adquirindo para si o que lucrava por novos contractos antes da partilha.

viúvo, que tivér comprado, ou adquirido, bens, com os fructos, ou dinheiro, da herança; porém, se os filhos fôrem de ambos, guardar-se-ha a disposição do Direito Commum (25).

Art. 1166. Havendo bens, que não possão sêr partidos sem damno, os coherdeiros de commun accôrdo os-devem entre si vendêr, ou á outrem, ou permutar por outros bens da partilha; e em ultimo caso, se não concordarem, devem arrendal-os, partindo então a renda (26).

(25) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 8°. Manda-se guardar a disposição do Direito Commum, o que deve-se entendêr, não relativamente á alternativa, que o Direito Romano não concedia, mas em relação aos Tits. 60 e 61 do Liv. 6° do Cod.— *de bon. matern.—de bon. quæ liber. in potest.* Ahi revogou-se o antigo Direito, dando-se ao pai, com excepção de alguns casos, o usufructo dos bens dos filhos sob seu podêr; o que foi adoptado pelo nosso Direito—Arts. 174, e 179, Consolid.

Como porém se-deve entendêr quanto aos filhos isentos do patrio podêr, á quem já pertence o usufructo de seus bens? Segue-se neste caso o Direito Romano, não tendo o filho emancipado direito alternativo para pedir a partilha dos bens comprados, ou adquiridos, pelo pai, ou a dos fructos da herança, e podendo somente exigir a partilha destes. Tal é a decisão do Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 900 á 903, quér o filho tenha sido emancipado pelo pai depois do fallecimento da mãi e antes da partilha, quér já estivesse emancipado antes do fallecimento da mãi.

Não deixa de havêr incoherencia em negar ao filho emancipado o mesmo direito alternativo, que se-dá á herdeiros estranhos; porém a razão da differença acha-se no mesmo Direito Romano, que concedia ao pai uma parte dos fructos dos bens do filho, ainda mesmo que o tivesse emancipado. Não é assim pelo nosso Direito, que faz cessar o usufructo paterno, logo que o filho se-emancipa—Art. 175 Consolid.

(26) Ord. L. 4° T. 96 § 5°. Está em pratica lançar-se a cousa, que não se-póde partir, á um herdeiro, que torne aos outros o excesso. Tambem cabe a disposição da Ord. na partilha entre socios, pois que diz— *ou companheiros*—. Vid. Nots. aos Arts. 551, e 955, *supra*.

Como as providencias desta Ord. dependem do consentimento de todos os compartes, consentimento raro; a praxe tem com razão admittido a *licitação* em praça, ou seja para venda da cousa commum, ou seja para arrendamento della. Lobão adopta este expediente na Dissert. 7ª §§ 25 e 26 Supplem. das Acç. Sum.

3.ª ED.

A cit. Ord. L. 4º T. 96 § 5º diz:—Tendo os herdeiros, ou companheiros, alguma cousa, *que não possão entre si partir sem damno*, assim como, escravo, besta, moinho, lagar, ou outra cousa semelhante, *não a-devem partir*, etc—. *Partir* não é *dividir*, no rigôr da expressão destes verbos, como póde-se vêr nas distincções da Not. ao Art. 1141 *supra*; mas posto que sem duvida a cit. Ord. considerasse a *indivisibilidade juridica* de uma certa classe de *cousas moveis*, em que entrão as por ella exemplificadas, não se-crêia, que aqui fugio ao rigôr da expressão, dizendo *partir* em vêz de *dividir*. A Ord. L. 4º T. 96 trata do—*como se-hão de fazêr as partilhas entre os herdeiros*—, e não do—*como se-hão de fazêr as divisões de cousas communs*—. Se na partilha pobre a *cousa movel indivisivel* tivér de ser partilhada, isto é, dividida por *quotas* entre dois ou mais co-herdeiros; que aproveita assim dividil-a, se ulteriôrmente a *divisão concreta* não é possivel? Eis o pensamento da Ord. L. 4º T. 96 § 5º, pois que *partir*, e *partir sem damno*, é possivel sempre, já que se-parte por *divisão abstracta* em réis da nossa pluralidade monetaria.

Nas *cousas moveis* a *divisibilidade juridica* vem (Savigny Obrig. § 29) de ser possivel, que a divisão physica não destrúa a idéa do todo (exemplos da cit. Ord.), nem diminúa o valôr e utilidade.

Nas *cousas immoveis* (Savigny Obrig. § 29) a *divisibilidade juridica* do sólo é sempre possivel, e arbitrariamente; mas não assim a das construcções sobre o sólo—*res soli*—. E todavia ahi temos uma singularidade do nosso Direito na Ord. L. 1º T. 68 § 37, consolidada nos Arts. 954, 955, e 956 *supra*, que manda *partir a casa commum de dois*, embora não queira partil-a um dos compartes. Tal singularidade não accuso eu de erro, e só nella vejo uma notavel expansão da vontade juridica. Nesta outra Ord. L. 1º T. 68 § 37 não direi porém, que o verbo *partir* fosse empregado em rigôr de expressão, já que trata-se de divisões por paredes de repartimento. Isto justifica minha redacção no Art. 954 *supra*, dizendo—A casa commum deve ser *dividida*—.

Na cit. Ord. L. 4º T. 96 § 5º aninha-se a controversia de ser, ou não, *licita* a *licitação*, e *relicitação*. Para o Autôr da Consolidação não ha *existencia* senão na *existencia licita*, e não ha *existencia licita* senão na *existencia juridica*—*existencia legal*. Só vejo a *licitação* permittida em um caso de necessidade, qual o da mencionada Ord.; e portanto reputo-a prohibida fóra desse caso, ampliado quando muito ao da Not. ao Art. 954 *supra*. Não contradigo a regra de ser permittido o que não é prohibido, porquanto a regra do partilhavel, e a de dividir o divisivel, contem a prohibição de não partilhar, e de não dividir o divisivel. A *licitação* não é correctivo de avaliações, de nada valem preços meramente nominaes, não se-nutra o amôr das cousas corporeas além do limite da satisfação das nossas fraquezas neste mundo terrestre. Louvôres ao bem pensado, e bem escripto, estudo do Sr. J. L. de Almeida Nogueira sobre a *licitação* no DIREITO Revista de 1874 Vol. 4º pag. 337!

« Se a cousa commum (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 279) não podér dividir-se physicamente, *divide-se por estimação*. »

Nossos Arts. *infra* 1186 á 1192 fazem conhecer bem o sentido destas palavras *divide-se por estimação*—. O *encabeçamento* dos bens emphyteuticos é um caso da bôa pratica, que informei na 1.ª Edição, de lançar-se á um herdeiro a cousa, que não se-póde dividir, tornando ou repondo este aos outros o excesso. « Quando na herança (Corr. Tell. Doutr. das Acç. Not. ao § 149) haja uma cousa *physicamente indivisivel*, e todos os herdeiros tenhão nella igual porção, e cada um delles a-queira, *é admissivel a licitação*. Se um tivér maior porção, deverá adjudicar-se á esse pelo seu justo valôr. »

Art. 1167. Entrarão tambem na partilha todos os bens, que comsigo tivérem os coherdeiros, que á ella concorrem, sendo que taes bens devão vir á collação (27).

Art. 1168. O coherdeiro, que por um anno, ou mais, estêve na posse da herança paterna, ou materna, dará aos coherdeiros

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 9º.

seus irmãos partilha dos fructos, ou terá cada um delles os ditos bens para desfructal-os por igual tempo (28).

Art. 1169. Começada a partilha, o inventariante não deve retardal-a por motivo de questões supervenientes (29).

Art. 1170. Será removido o inventariante, que antes da partilha suscitar duvidas, sobre que deva havêr litigio; e procedêr-se-ha á sequestro nos bens da herança, até que as duvidas se-decidão (30).

Art. 1171. Tambem se-procederá á sequestro nos bens da herança, não se-concluindo a partilha dentro de um anno, contado do dia da morte do defunto (31).

Art. 1172. Exceptua-se o caso de ter sido retardada a partilha, não por culpa do inventariante, mas dos outros herdeiros (32).

(28) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 10. Não está em uso a ultima parte do Art. Quanto á bens doados tem logar o disposto no Cap. seg. sobre collações.

(29) Cit. Ord. L. 4º T. 96 §§ 11 e 12, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 §§ 5º e 8º.

(30) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 12.

(31) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 12. Não se-observa esta disposição, e quasi todas as partilhas durão mais de um anno. Os sequestros se-fazem mesmo antes do anno, quando os inventariantes, sendo citados com essa comminação para o encerramento do inventario, e dar partilha, deixão-se lançar do prazo assignado, que ordinariamente é de cinco dias.

3.ª ED.

Av. n. 30 de 21 de Janeiro de 1867—O Juiz não deve ignorar a attribuição conferida pela Lei de removêr inventariante remisso—. Foi esta a decisão da seguinte duvida:— Sendo summarissimo o processo de inventario, e devendo ultimar-se dentro de sessenta dias, qual o meio, que tem o Juiz para coagir o inventariante á fazêr sellar os autos, á fim de ser julgada a partilha?

(32) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 12.

Art. 1173. A mesma providencia do sequestro terá logar, quanto ao dote, ou cousa, que algum herdeiro deva trazêr á collação, sendo que esse herdeiro promova duvidas á tal respeito (33).

Art. 1174. Estes sequestros não se-levantaráõ, ainda que as partes se-offereção á dar fiança (34).

Art. 1175. As disposições antecedentes não embaração, que os herdeiros alleguem em relação á partilha o direito, que lhes assistir (35).

Art. 1176. Havendo filhos, que tenhão dotes, far-se-ha partilha do liquido entre os outros filhos, que não tivérem dotes; salvo, se os dotados não se-abstivérem da herança, e quizérem trazêr os dotes á collação (36).

Art. 1177. A partilha do liquido não se-deve demorar por causa do illiquido, e este se-partilhará á medida que se-fôr liquidando (37).

(33) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 12.

(34) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 13.

(35) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 16.

(36) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 17. Veja-se o Art. 1196 *infra*.

(37) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 17. De ordinario só se-faz uma sobre-partilha, para a qual fica reservado todo o illiquido.

3.ª ED.

« As duvidas (Suz. Cod. Orphan. pag. 9 Not. 10 *infra*) sobre herdeiros illiquidos, ou bens illiquidos, não embargão, que se-faça a partilha do liquido; e se-entregue á herdeiros liquidos, que restituiráõ, se fôrem vencidos, *e á isso darão fiança.* »

A cit. Ord. L. 4º T. 96 § 17 não falla em *fiança*, não obriga os herdeiros á prestal-a.

Art. 1178. Residindo algum dos interessados fóra do Imperio, e possuindo bens, que devão vir á partilha; não se lhe-dará quinhão nos bens presentes, sem que aquelles sejão tambem partilhados (38).

Art. 1179. As partilhas judiciaes, ou amigaveis, depois de legalmente feitas, e concluidas, não estão sujeitas á *rescisão*, ainda que alguma das partes as-contradiga (39).

---

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 17.

(39) Ord. L. 4° T. 96 § 18. A *rescisão* suppõe um acto válido, e portanto não exclue o caso da *nullidade*. Quando a partilha resente-se de *nullidade manisfesta*, está sujeita á revogação, porquanto o acto nullo reputa-se como se nunca existisse.

3.ª ED.

A cit. Ord. L. 4° T. 96 § 18, como a do mesmo L. T. 13, não diz—*rescisão—rescindir*; mas sim—*desfazêr* e *desfardõ*, pois que tal é um dos effeitos alternativos da *rescisão*. Os estudos juridicos ainda não podérão expôr esta materia em sua necessaria clareza. Veja-se ao Art. 12 *supra* a Not. desta 3.ª Ed., onde se-diz, que os *direitos restitutorios* são uma parte dos *direitos rescisorios*, e este uma parte dos *direitos relativos*. Veja-se mais ao Art. 13 *supra* a outra Not. desta 3.ª Ed. pag. 15, onde se-disse tambem, que os *direitos rescisorios* são *annullatorios* ou *restitutorios*, e que se-deve lêr—os *direitos rescisorios* são *restitutorios* ou *annullatorios*. O *nada juridico* é o ultimo recurso. O pensamento desta partição de direitos refere-se á três hypothese: 1.ª—acto irregular, mas com duvida sobre sua nullidade; 2.ª—acto irregular, porém só de lesão sem nullidade; 3.ª—acto irregular, porém sem duvida sobre sua nullidade. Na 1.ª hypothese a parte lesada tem um *direito rescisorio*,—uma *acção rescisoria*, com o effeito alternativo da Ord. L. 4° T. 13, e consolidado nos Arts. 359, 360, 564, e 568, *supra*.

Pois bem, na *acção rescisoria*, essa *acção alternativa* é o que nega aqui nas *partilhas* o nosso Art. 1179 com fundamento na Ord. L. 4° T. 96 § 18. Assim deve ser entendida a Not. supra da 2.ª Ed., quando diz, que a *rescisão* suppõe um acto

Art. 1180. Provando porém o herdeiro, que se-oppõe á partilha, têr sido lezado além da metade do que lhe-devêra pertencêr, os outros herdeiros devem indemnisal-o, inteirando-lhe seu verdadeiro quinhão (40).

Art. 1181. A' essa indemnisação estão obrigados os mais herdeiros, quando ao menos se-prove, que houve lezão na sexta parte (41).

---

valido. Sim, suppõe um acto valido pela duvida sobre a nullidade delle, o que não exclue o caso da nullidade.

Antes de julgada a *partilha*, os interessados, á cujo conhecimento chegar o modo della, podem impugnal-a nos proprios Autos de Inventario; e á qualquer lesão, por modica que seja, devem attendêr os Juizes.

(40) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 18 *in fin.*—*Lesão enorme*—(Arts. 359, 360, 550, e seg.), sem que no caso da partilha tenha logar a rescisão, como nos mais casos.

3.ª ED.

Nos casos pois de *partilhas lesivas* a *lesão enorme* não produz os mesmos effeitos da Ord. L. 4° T. 13, isto é, não dá direito para o alternativo de desfazêr a partilha ou de ser indemnisado da lesão. Se ha nullidade não duvidosa, a lesão dá direito á annullação; se ha nullidade duvidosa, a lesão só dá direito á *emenda da partilha*.

Quando a partilha se-annulla, procede-se á outra partilha, ficando de nenhum effeito a nulla ou anullada. Quando a partilha se-emenda por *lesão enorme* (Art. 1180), ou mesmo *lesão na sexta parte* (Art. 1181), o herdeiro leso é indemnisado pelos outros coherdeiros. A indemnisação da lesão por *emenda da partilha*, e portanto em seguimento da partilha emendada, é meio introduzido por bôa praxe. Ella se-póde conseguir por outro meio, fóra dos Autos de partilha, e por acção ordinaria. As Linh. Orphanol. de Per. de Carv. Not. 194 baralhão as noções desta materia, tirão-lhes a sua significação technica, quando diz, que—*as partilhas nullas não só devem sêr emendadas, mas rescindidas, e feitas de novo*—! Com esta liberdade não haverá certeza de conhecimentos.

(41) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 19.

Art. 1182. A lezão em tal caso entendêr-se-ha relativamente á todo o quinhão hereditario de quem se-dissér prejudicado (42).

Art. 1183. Esta reclamação por lezão na sexta parte só é admissivel, sendo feita dentro de um anno, contado do final julgamento da partilha (43).

---

(42) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 20.

(43) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 19. Quando a lesão é enorme (Art. 1180), pode-se reclamar dentro de 15 annos. Vid. Art. 859.

3.ª ED.

Esta reclamação se-faz por via de *embargos*, ou de *appellação* (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 151 Not., Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1021), o que não impede fazêl-a por *acção ordinaria*; mas não tem logar a *appellação*, quando, como nos mais casos, a questão cabe na alçada do Juiz da partilha.

Inflúe porém a alçada nos casos de *nullidade manifesta* (Not. ao Art. 1179 *supra*), e de *injustiça notoria*, para impedir o *recurso de revista?* Na praxe do nosso Fôro tem influido até agora, pôsto que assim não deva sêr. São offensivas, da Const. do Imperio Arts. 158, e 164 n. 1º; e da Lei de 18 de Setembro de 1828 Art. 5º n. 1º, e Art. 6º; as disposições, da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 Art. 123, do Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Arts. 32 e 34 (3º periodo), do Tit. Un. do Cod. do Com. Art. 26, do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 665, e do Regul. n. 5618 de 2 de Maio de 1874. Se a nossa actual organisação judiciaria não tem mais que *duas instancias* no sentido restricto desta palavra, taes disposições não devião ter marcado *alçada* para os Tribunaes de segunda instancia. Se a nossa actual *revista* cabe, e deve cabêr, em quaesquer Causas, seja qual fôr seu valor, sempre que as sentenças finaes se resintão de *nullidade manifesta*, ou *injustiça notoria;* taes disposições, por motivo das *alçadas*, não a-devião impedir. Não se-argumente em contrario com a legislação anteriôr apontada por Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 710, porquanto a nossa Lei Fundamental virtualmente a-mudou, harmonisando a *revista* do antigo Direito com o nosso novo systema politico. As *injustiças notorias*, as *nullidades manifestas*, ficão sem remedio em muitos casos, correm fortuna com o dinheiro! E tanto mais se-deve lastimar o vigente systema das *alçadas*, em damno da uniformidade da Jurisprudencia, e dos progressos da Legislação; tendo a Disposição Provisoria Art. 22 *extinguido* as *glosas*, e o Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 17 tendo tolhido os *aggravos de ordenação não guardada*.

Art. 1184. A *rescisão das partilhas* é só facultada aos menores, que podem usar do *beneficio de restituição* (44). (Art. 12)

Art. 1185. Acabada a partilha, os herdeiros, conforme seus formaes, entrarão na posse dos bens, que lhes-tocárão; sem que esta se-possa embaraçar, ou suspendêr, por motivo da interposição de recursos (45).

---

(44) Ord. L. 4º T. 96 § 21.

3.ª ED.

Eis o caso unico, em que permitte-se a *rescisão da partilha*; caso excepcional da regra estatuida no Art. 1179, em que a lesão confere a *acção rescisoria*, isto é, com o effeito alternativo (*mutatis mutandis*) da Ord. Liv. 4º T. 13. Vid. Art. 564 e 568 *supra*.

(45) Cit. Ord. L. 4º T. 96 § 22.

As sentenças de partilhas feitas em paiz estrangeiro não são exequiveis no Imperio sem permissão do Govêrno Imperial— Av. de 1º de Outubro de 1847, Decr. n. 2350 de 5 de Fevereiro de 1859 Art. 4º § 1º, e Av. n. 95 de 20 de Abril de 1849. Vid. Man. do Procur. dos Feitos Not. 1428.

3.ª ED.

Av. de 15 de Fevereiro de 1838—O Juiz de Orphãos é o competente para as execuções dos formaes de partilhas expedidos pelo seu Juizo, por sêrem as Causas de taes execuções das incluidos no Art. 20 da Disp. Provis.

N. B. A appellação em partilhas é só recebida no effeito devolutivo, sem que os co-herdeiros appellados tenhão obrigação de prestar fiança para entrarem na posse de seus quinhões. Tambem não a-tem os co-herdeiros embargados, salvo sendo recebidos os embargos, posto que oppostos em auto apartado.

Art. 1186. Os bens emphyteuticos de aforamento perpetuo, adquiridos na constancia do matrimonio, devem sêr partidos por estimação, encabeçando-se dentro de sêis mêzes depois do fallecimento do foreiro no herdeiro, em que a maioria dos outros concordar (46). (Arts. 112, e 975)

Art. 1187. O herdeiro encabeçado pagará á cada um dos outros sua respectiva quota, e o fôro ao senhorio segundo as condições do contracto de aforamento (47).

Art. 1188. Se os herdeiros não concordarem sobre o encabeçamento, são obrigados á vendêr os bens aforados dentro de sêis mêzes para partirem entre si o prêço; scientificando primeiro ao senhorio, á quem compete, nos termos do Art. 616, o direito de preferir tanto por tanto á qualquer outro adquirente (48).

Art. 1189. Passados os sêis mêzes marcados para o encabeçamento, ou venda, os bens ficaráõ devolutos ao senhorio, se elle os-quizér (49). (Art. 631)

Art. 1190. Ouando os bens não forão adquiridos na constancia do matrimonio, e já erão possuidos por um dos conjuges antes do casamento; o aforamento será encabeçado n'esse conjuge que os possuia, ou em cada um de seus herdeiros (50). (Art. 112)

Art. 1191. Se o aforamento perpetuo tomado antes do casamento fôr da especie designada no Art. 113 § 1°, sem no respectivo contracto se fazêr menção de herdeiros ou successôres; não terá logar a partilha, nem mesmo por esti-

(46) Ord. L. 4° T. 36 § 7°, e T. 96 § 23, e § 24 princ., Alv. de 6 de Março de 1669. Vid. Not. ao Art. 617.
(47) Ord. L. 4° T. 96 § 23.
(48) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 23.
(49) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 23.
(50) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 24.

mação; e taes bens pertenceráõ precipuamente ao conjuge, que antes os-tinha, ou á seus herdeiros (51).

Art. 1192. As disposições antecedentes entendem-se á respeito dos conjuges casados pelo rigime da communhão, e quanto aos casados por contracto dotal guardar-se-ha o estipulado entre elles (52).

Art. 1193. Avaliados os bens por peritos nomeados pelo Juiz do inventario, pertence aos Partidôres fazêr a partilha delles (53).

(51) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 24.
(52) Cit. Ord. L. 4° T. 96 § 24.
(53) Alv. de 21 de Junho de 1759. Vid. Not. ao Art. 1152.
« Nunca os peritos avaliadôres (Rebouças Observ. á este Art.) são nomeados pelo Juiz do inventario. Em regra geral, não havendo avaliadôres provisionados, são louvados á aprazimento das partes conforme a Ord. L. 3° T. 17, e T. 78 § 2°. »
Foi o que observei na Not. ao Art. 1152.

3.ª ED.

Av. de 15 de Fevereiro de 1838 — Consultado o Govêrno sobre esta questão:—se por morte, ou falta temporaria, de algum *Partidôr*, pertence ao Juiz do Civel, ou ao dos Orphãos, nomear pessôas, que interinamente sirvão—. Respondeu:—que á respeito das nomeações e provimentos dos Officiaes do Juizo dos Orphãos devem os respectivos Juizes, bem como os demais Magistrados, regular-se pelas disposições da Lei de 11 de Outubro de 1827, Decr. do 1° de Julho de 1830, e Av. de 12 de Junho de 1831, emquanto por alguma Lei Provincial, ou Geral, se não determinar o contrario.

Av. de 22 de Novembro de 1846 — Não póde ser *Partidôr* o Tabellião de Notas, porque é incompativel (Furt. Repert.).

Av. de 11 de Março de 1852 — O *Partidôr* é Official de Justiça, e na sua nomeação se-deve procedêr conforme o Decr. n. 817 de 30 de Agosto de 1851 (Furt. Repert.).

Av. n. 185 de 19 de Outubro de 1854 — Considera existente legalmente, para sêr provido vitaliciamente, e pela fórma dos Decrs. n. 817 de 30 de Agosto de 1851, e n. 1294 de 16 de Dezembro de 1853, o Officio de *Partidôr* nos termos,

Art. 1194. Mas o Juiz, antes de mandar os processos aos Partidôres, deve determinar quaes os bens á partilhar, e quaes não, resolvendo todas as duvidas (54).

Art. 1195. Não podem sêr Partidôres os mesmos peritos, que avaliárão os bens (55).

---

em que por Lei tivérem sido creados; servindo em outros logares, como *Partidôres*, os Louvados das partes.

Av. n. 344 de 9 de Novembro de 1859— Em conformidade do Av. n. 185 de 12 de Outubro de 1854, os *Partidôres*, que estivérem creados, e legalmente providos, devem fazêr as partilhas judiciaes, e não os louvados das partes.

Av. n. 475 de 21 de Outubro de 1861— Não ha incompatibilidade em servir de Agrimensôr ou Piloto na divisão de terras aquelle, que tivér servido de *Partidôr* das mesmas terras.

Av. n. 4 (Addit.) de 21 de Outubro de 1861 — São incompativeis as funcções de *Partidôr* com as de Collectôr, Exactôr, e Agente do Correio.

Av. n. 142 de 9 de Abril de 1867 — O *Partidôr* do Fôro Commum deve servir no Juizo dos Feitos, onde não houvér *Partidôr* privativo creado por Lei ou Decreto.

Av. n. 29 de 25 de Janeiro de 1871 — Ha incompatibilidade no exercicio simultaneo das funcções, de Solicitadôr de Causas, e de *Partidôr*.

Av. n. 137 de 12 de Abril de 1873 — Dois irmãos podem servir conjunctamente no mesmo Termo, sendo um *Partidôr*, e outro Tabellião.

Av. n. 264 de 11 de Agosto de 1874—Vid. Not. ao Art. 1144.

(54) Ord. L. 3º T. 66 § 5º.

3.ª ED.

As despezas do *funeral* devem sêr pagas *pelos bens do monte*, e as do *bem da alma* pela meação do defunto (Per. de Carv. Linh. Orphan. § 61 e Nots. 145 e 146). Sobre as do *bem d'alma* veja-se o Art. 1127, e Not. *supra*. *Pelos bens do monte* entende-se do *monte-mór da herança*, que distingue-se do *monte partivel*.

(55) Cit. Alv. de 21 de Junho de 1759.

CAPITULO VII

Das collações

Art. 1196. Os filhos dotados pelo pai, ou pela mãi, ou por ambos juntamente, ou que delles recebêrão doações, podem abstêr-se da herança, ou concorrêr á partilha della com seus irmãos (1).

Art. 1197. Quando os filhos dotados, ou donatarios, se-abstivérem da herança, as doações só prevalecem não sendo

---

3.ª ED.

Av. n. 163 de 7 de Julho de 1859—Em vista da Ord. L. 1º T. 79 § 45, não pode um individuo servir os Officios de *Partidôr* e *Avaliadôr* de um Juizo, do qual é Escrivão seu cunhado.

(1) Ord. L. 4º T. 97 princ., e §§ 3º e 5º. Não se-costuma exercêr hoje esse direito, que a Lei dá aos filhos dotados, ou donatarios (ou doados), para abstêr-se da herança, ficando com o dote, ou com os bens doados. Sempre os herdeiros concorrem á herança, ficando com os bens conferidos; e a Ord. somente se-entende, e applica, neste sentido, confundindo-se duas hypotheses, que são tão differentes, e as suas peculiares disposições. Da hypothese da abstenção, e reducção das doações, tratão os Arts. 1197 á 1204. Da hypothese da collação verdadeira tratão os Arts. 1205 e segs. Em ambos os casos ha collação, só com a differença de que no primeiro caso a collação é ficta para conhecêr-se o excesso das doações, e a necessidade da reducção. Sendo necessaria a reducção, o excesso é realmente conferido. Para evitar-se uma circumlocução a palavra—*collação*—é applicavel ás duas hypotheses.

Quando os descendentes illegitimos não podem succedêr á seus pais, e lhes-succedem só em virtude de testamento, não ha collação. Não tendo elles legitima, cessa o motivo das collações, que é igualar legitimas.

3.ª ED.

A *collação dos dotes*,—a *collação das doações*, tambem se diz—*conferencia dos dotes*,—*conferencia das doações*.

inofficiosas; isto é, não desfalcando as legitimas dos outros filhos (2).

Art. 1198. São *inofficiosas* as doações, se excedêrem a legitima do filho donatario, e mais a terça da herança do pai, ou da mãi, doadôres ; ou de ambos, se ambos fizérão a doação (3). (Art. 1008)

---

(2) Ord. L. 4° T. 97 § 3°.

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 3°. Os dotes, ou as doações, que se-conferem, não augmentão a terça, e esta se-deve computar pela massa dos bens existentes na posse do testador ao tempo de sua morte. Assim penso, não tanto pela Resol. de 2 de Agosto de 1463, attestada por Gama, e transcripta por Lobão em uma de suas Dissertações no Append. do Trat. das Acç. Summ. (pois que tal Resol. ficou prejudicada com as compilações Manoelina e Filippina) ; mas porque as collações só tem por fim igualar as legitimas dos filhos, protegendo os direitos da familia, e não á estranhos. Esta questão só cabe no caso, em que o pai, tendo feito testamento, dispõe de sua terça, e então os legatarios não tem direito de exigir a collação. Vid. Art. 857 do Cod. Civ. Franc.

« As doações dos pais aos filhos não insinuadas (Rebouças Observ. á este Art. e Not.), sejão feitas, ou não, por occasião do casamento, somente entrão na terça dos doadôres até a quantia de 360$000 rs. pelo pai, e de 180$000 rs. pela mãi, conforme a Ord. L. 4° T. 62, Lei de 15 de Janeiro de 1775, Ass. de 21 de Julho de 1797, e Alv. de 16 de Setembro de 1814. »

« No excesso dos 360$000 rs. e 180$000 rs. além das legitimas, sendo nullas as doações aos filhos, dotaes ou não, devem-se nesse mesmo excesso considerar no dominio do doador, necessariamente fazendo parte do acervo de seus bens, e por conseguinte fazendo parte das legitimas e terça testamentaria, porquanto :

« Para deducção das legitimas, e da terça somente, não pode fazêr parte do acervo dividendo o que estava inteiramente fóra do dominio do testador ao tempo do seu fallecimento ex Ord. L. 4° T. 65, como são as doações validas até onde não dependem de insinuação, ou sendo insinuadas, por importarem tanto como alienações realisadas effectivamente, desde logo, irrevogaveis e absolutamente exclusivas, e excluidas de todo

o dominio do doador na razão de quaesquer alienações a pessoas estranhas por titulo gratuito ou oneroso. »

« A Resolução de 2 de Agosto de 1463 foi bem cabida durante a existencia da Ord. Affonsina, que adoptára o Direito Romano de Justiniano, segundo o qual as doações dotaes erão exceptuadas da necessidade de insinuação. »

« Mas á Ord. Affonsina seguio-se a Manoelina, que exceptuou somente da necessidado de insinuação as doações régias; e á Manoelina seguio-se a Filippina, que não admitio excepção alguma. Depois da Ord. Filippina, e á seu respeito a Lei de 15 de Janeiro de 1775 restabeleceu a unica excepção das doações régias, segundo a Ord. Manoelina ; e finalmente o Ass. de 21 de Julho de 1797 declarou, que as doações e dotes profecticios dependem de insinuação ; para que valhão além das legitimas, e da taxa da Lei. »

« Assim, pois, a Resolução de 2 de Agosto de 1463, contemporanea da Ord. Affonsina, e do uso do Direito Romano de Justiniano, respectivamente ficou reduzida á inutilidade depois da Ord. Manoelina, da Filippina, da Lei de 15 de Janeiro de 1775 e do Assento de 21 de Julho de 1797 ; isto é, á ser somente applicavel até a quantia de 360$ ou 180$, conforme o Alvará de 16 de Setembro de 1814. »

« Isto mesmo faz vêr Souza de Lobão na dissertação, que á Nota menciona desde o seu § 10 em diante, demonstrando os casos, em que as doações conferidas se-computão para deducção da terça, que são todos os em que ellas não importão desde logo alienações irrevogaveis por excedentes da taxa legal, e não insinuadas. »

« O acervo do doadôr deve constar de três partes, duas para as legitimas dos filhos, e uma de que é livre dispôr testando. Como darem-se estas três partes de um todo, não sendo mutuá e reciprocamente iguaes ? Uma computação de valôres para a deducção das legitimas em relação á um tempo qualquer anterior ao do fallecimento do pai, e outra para deducção da terça testamentaria em relação á um outro ulterior ao decesso do testador, suppõem o absurdo de têr o pai, e testadôr commum, dois acervos hereditarios ; um de antes de morto somente para os filhos, outro depois de morto, igualmente para os filhos, e para a terça delle pai e testador ; uma herança de pai vivo, outra herança de pai morto. »

« Ha mesmo nisso immoralidade, capaz de esterilisar os mais fecundos sentimentos, e as instituições mais beneficas dos pais. Desde que prevenidos fossem, de que os adianta-

Art. 1199. Em tal caso o filho donatario, que da herança se-abstivér, será obrigado á inteirar aos irmãos toda a legitima, que lhes-deva pertencêr (4).

mentos por conta das futuras legitimas de seus filhos não se-computarião com os demais bens de sua herança para deducção da respectiva terça, receiosos de ficarem reduzidos á não ter do que dispôr *causa mortis*, se-absterião de fazêr a seus proprios filhos taes adiantamentos, ou doação alguma, deixando-os actuar estranhos á toda a mutua beneficencia na só um tanto impia esperança do futuro, pelo que necessariamente lhes-podésse vir á cabêr na partilha dos bens deixados depois da morte, porisso mesmo não poucas vêzes impiedosamente desejada. »

Concordo perfeitamente, em que as doações não insinuadas augmentão a terça dos ascendentes doadôres no excesso de 360$000 réis, e 180$000 réis, além das legitimas; e assim está subentendido, não porque tal excesso venha á collação, e augmente a terça, mas porque não ha collação delle em razão da nullidade de sua doação, o que importa o mesmo que não ter sido doado. Esta é a doutrina geralmente recebida, como se-póde vêr em Lob. Dissert. 6ª no Append. das Acç. Sum., e Per. de Carv. Linh. Orphanol. Nots. 121 e 122.

Por este lado fica intacta a regra, de que as doações conferidas não augmentão a terça. Pelo lado da Resol. de 2 de Agosto de 1463 tambem fica intacta, e não procede a argumentação da censura, á que respondo; porquanto essa Resol. não teve por objecto unicamente as doacões dotaes, e antes comprehende as doacões em geral, quando diz—*se algum de seus filhos trouxér á collação alguns bens, que houvesse da herança daquella pessoa de cuja successão se trata etc.*—, determinando que em taes bens conferidos não houvesse o herdeiro da terça parte alguma.

Supppondo que essa Resol. esteja sem vigôr, e não havendo Lei, que decida a questão, é livre á cada um tomar o partido que quizér; sendo porém certo, que do meu lado está a torrente dos Escriptôres.

(4) Ord. L. 4º T. 97 § 3º.

Art. 1200. Se o filho donatario não tivér ainda recebido os bens doados, não poderá recebêr mais do que o valôr da sua legitima, e da terça do pai, ou da mãi, doadôres (5).

Art. 1201. As terças do pai, e da mãi, até onde chegarem, ficão obrigadas á refazêr os dotes, e as doações promettidas aos filhos, ainda que os doadôres não as-obrigassem expressamente, e dellas por outra maneira dispuzéssem em seus testamentos (6). (Art. 1270 § 12)

Art. 1202. O excesso de taes doações será regulado pelo valôr dos bens do doadôr ao tempo da sua morte (7).

Art. 1203. Tratando-se porém de doações para casamento, os filhos donatarios terão a escôlha, ou do valôr dos bens do doadôr ao tempo da sua morte; ou do valôr delles ao tempo, em que as doações se-fizérão, ou promettêrão (8).

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 3º.
« A Ord. L. 4º T. 97 § 3º (Rebouças Observ. á este Art.), depois do Ass. de 21 de Julho de 1797, só póde ser efficazmente applicavel até as quantias de 360$000 réis e 180$000 réis, não havendo insinuação do dote, ou da doação. »
Tambem está subentendido, como no caso da Not. ao Art. 1198.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 3º.
Pela novissima Lei Hypothecaria tem cessado este caso de hypotheca legal, como adiante observo na Not. ao Art. 1270 § 12. Se acontecêr portanto, que os donatarios sejão dois, ou mais, o primeiro donatario não se-inteira pela terça, como dizem Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 117, e Lob. Obrig. Reciproc. §§ 395 e 679, porém a terça rateia-se por todos os co-herdeiros donatarios.

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 4º *in fin.*

(8) Ord. L. 4º T. 97 § 4º.—Não ha antinomia entre este § 4º e os §§ 14 e 15, porque a disposição do primeiro é relativa ao caso de abstenção da herança, e a dos outros ao caso de collação verdadeira. No primeiro trata-se do total valôr dos bens do doadôr, nos outros do valôr dos bens doados.

Art. 1204. Sendo excessivas as doações, nos termos dos Arts. 1197 e 1198, o Juiz da partilha deverá promptamente obrigar os filhos donatarios á reparação do desfalque das outras legitimas, procedendo contra elles executivamente (9).

Art. 1205. Quando os filhos dotados, ou donatarios, quizérem concorrêr á herança, trazendo á collação os bens doados, os outros irmãos não podem oppôr-se á essa deliberação (10).

Art. 1206. Neste segundo caso o filho donatario trará á collação todos os bens doados, que ainda possuir, e seus fructos dêsde o fallecimento dos doadôres até o tempo da partilha (11). (Art. 1167)

3.ª ED.

« E' porém controverso (Micell. de Rodr. pag. 110), se esse direito de escolha tem logar, quando o donatario não faz abstenção da herança; e diz o Presidente do Sup. Trib. de Just., na exposição publicada no Relatorio do Min. da Just. de 1864, que tem havido decisões diversas, e que porisso é mistér, que o Podêr Legislativo dê a verdadeira interpretação. »

A novidade das decisões não carece de *interpretação authentica*, quando póde cessar por mais reflectida *interpretação doutrinal*. A opção á cima só é admissivel, quando o donatario faz *abstenção da herança*. A' esta hypothese pertencem os Arts. 1197 á 1204 da Consolid., começando do Art. 1205 em diante a outra hypothese da *aceitação da herança*.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 5º.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 97 princ., e § 6º.

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 97 princ. Ainda não vi cumprida esta disposição em partilha alguma quanto á collação dos fructos dêsde o fallecimento dos doadôres até a partilha.

—*Trará á collação*—: é uma obrigação de todo o descendente donatario, imposta pela Lei, e que portanto não depende de alguma declaração por parte do ascendente doadôr. Sempre se-subentende, á menos que o ascendente doadôr tenha declarado o contrario; isto é, que faz a doação por conta de sua terça, e não como anticipação de legitima, para que o

donatario a-traga á collação. Eis o que exprime a declaração por parte do ascendente doadôr dispensando da collação ao descendente donatario.

—*Que ainda possuir*—: Se o descendente donatario já não possuir os bens doados, não se-segue em todos os casos, que nada tenha obrigação de conferir, como se-collige, já da disposição consolidada ao Art. 1207 (que só isenta da collação os fructos dos bens doados não possuidos pelo donatario), já expressamente da consolidada no Art. 1216, quando fôrem moveis os bens doados. Vid. Not. á este Art.

—*E seus fructos desde o fallecimento dos doadôres até o tempo da partilha*—: Logo, não vem á collação os fructos havidos pelos donatarios antes do fallecimento dos doadôres. A razão é, que depois do fallecimento dos ascendentes doadôres suppõe-se, que todos os bens doados sujeitos á collação achão-se no acervo hereditario, ou na communhão dos herdeiros, sendo porisso communs tambem os fructos.

Quando os bens doados forão escravas, é applicavel a disposição da Lei aos filhos destas, nascidos antes ou depois do fallecimento dos doadôres, como se fossem fructos? Tenho constantemente respondido pela affirmativa, porque os filhos de animaes são fructos, e perfeita é a paridade entre estes e os filhos de escravas. Em nosso Fôro se-tem invocado contra esta solução o § 37 Instit. Liv. 2º T. 1º *de rer. divis.*, onde se-diz, que os filhos de escravas não se-reputão fructos. A singularidade desta asserção, dictada unicamente por sentimento da dignidade humana, torna-se manifesta, quando nesse mesmo § das Institutas se-reconhece, que as crias dos animaes são fructos da mesma maneira que o leite, e a lã. Quanto mais que este § das Institutas regula privativamente as relações entre o usufructuario e o nú-proprietario, quando o usufructo consiste em escravos. Posto que haja semelhança, não são identicas; e portanto varião em seus effeitos a situação dos usufructuarios, e dos herdeiros obrigados á collação. O Direito Romano não nos-presta auxilio nesta questão, porquanto deprehende-se da L. 5ª § 1 Dig. *de dot. collat.*, que não vem á collação os fructos dos bens dados em dote. E' tão razoavel a solução affirmativa, que o Cod. da Luiziana Art. 1362 declara propriedade dos descendentes donatarios as crias, que podem nascêr das escravas doadas.

Tambem são fructos os juros do dinheiro doado, e porisso o co-herdeiro deve conferir os posteriôres á morte dos ascendentes até o tempo das partilhas—Lob. Obrig. Reciproc. § 675.

Art. 1207. Se ao tempo do fallecimento dos doadôres o filho donatario já não possuir os bens doados, não tem obrigação de trazêr á collação os fructos (12).

Art. 1208. A collação é extensiva aos bens positivamente doados, e bem assim á tudo que o filho tenha havido do pai, ou da mãi, doadôres, ou delles proviésse (13).

---

(12) Ord. L. 4º T. 97 princ.

3.ª ED.

Se os fructos não vêm á collação, não possuindo o filho donatario ao tempo do fallecimento do doadôr os bens doados, segue-se *á contrario sensu* virem á collação os fructos havidos no intersticio da morte do doadôr á partilha. Vid. Not. ao Art. 1216 *infra*.

(13) Cit. Ord. L. 4º T. 97 princ., e §§ 16 e 17.

Não é porém extensiva a collação ás dividas passivas dos decendentes para com seus ascendentes fallecidos, ou para com as heranças destes; ao contrario do que se-dispõe no Cod. Civ. Fr. Art. 829, e do que diz Lob. Obrig. Recipr. § 664.

Segue-se portanto, que as dividas passivas dos herdeiros para com a herança, como se os devedores fossem pessoas estranhas, não se-imputão por inteiro em seus quinhões hereditarios. Partilhão-se por todos os herdeiros na mesma proporção das outras dividas activas da herança. Este systema tem a vantagem de impedir a fraude dos herdeiros contra seus credores, reduzidos á cobrar-se pelo que da herança possa vir; fraude, que é frequente em nosso Fôro, por combinação do herdeiro devedor com o inventariante e mais coherdeiros, simulando devêr á herança, e burlando até embargos, e penhoras feitas no rôsto dos autos de inventario.

Tenho visto muitas vêzes imputar-se no quinhão dos herdeiros a totalidade do que devem á herança, quando aliás só se-lhe-deve imputar uma parte da divida na proporção de sua quota, dando-se aos outros herdeiros partes respectivas.

Art. 1209. Se a doação tivér sido feita por ambos os conjuges, o filho donatario deve conferir metade della em cada uma das partilhas (14).

Art. 1210. Mas no casamento por contracto dotal, ou a doação fosse feita por ambos os conjuges, ou somente por um delles, guardar-se-ha a disposição do Direito Commum (15).

Art. 1211. Dá-se opção ao filho donatario, que fêz bemfeitorias nos immoveis doados, ou para trazêr á collação os proprios bens, como se-acharem, uma vêz que os irmãos lhe-

---

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 1º.—Se a doação não foi feita por ambos os conjuges, confere-se no todo por morte do conjuge doante. Assim se-tem entendido, mas o têxto da Lei não é claro.

Dando-se a hypothese desta lei, e por fallecimento de um dos conjuges tendo-se avaliado a cousa doada para sua collação, é manifesto, que não deve sêr novamente avaliada por fallecimento do outro conjuge doadôr. Se a Lei manda conferir em cada inventario metade da doação, a avaliação feita no primeiro inventario deve servir para o segundo. Á não sêr assim, o valôr dos bens doados poderia na segunda avaliação variar para mais, ou para menos, e então o donatario deixaria de conferir metade da doação. Vid. Not. ao Art. 1216.

3.ª ED.

A censura do Sr. Rebouças á esta Not. é uma dormitação. A avaliação de uma cousa é a do seu todo, que assim torna-se pecuniariamente divisivel por quantas partes se-queira; por outra, não ha parte sem todo, não ha *metade* sem outra parte igual formando ambas o todo. Avaliação distincta de metade de uma cousa não se-concebe, porque ella resulta da avaliação do todo, cujo valôr divide-se em duas partes necessariamente iguaes. São pois sem realidade as hypotheses imaginadas em tal censura.

(15) Cit. Ord. L 4º T. 97 § 1º *in fin.*

Sendo de separação de bens o regime do casamento, cada um dos conjuges dôa o que é seu, e o que cada um tivér doado vem á collação no respectivo inventario.

paguem as bemfeitorias, ou para conferir o primitivo valôr ao tempo da doação (16).

Art. 1212. Se os immoveis estivérem damnificados, tambem compete opção aos irmãos co-herdeiros, ou para exigirem a collação dos proprios bens com indemnisação do damnificamento; ou então a do valôr correspondente ao tempo, em que forão doados (17).

---

(16) Ord. L. 4° T. 97 § 13.

No caso de optar pela collação dos proprios immoveis doados, entrão estes no monte da herança, e podem na partilha sêr aquinhoados á outro herdeiro; ou devem sempre sêr aquinhoados ao herdeiro, que os-conferio? A Ord. não explica, e na praxe do nosso Fôro entende-se em todos os casos, que os bens doados se-devem lançar no quinhão do herdeiro, que os-conferio. Ainda não vi exemplo do contrario.

Quando Pereira de Carv. Linh. Orphanol. § 60 Not. 115, diz, que compete aos dotados a preferencia á respeito dos bens por elles conferidos; e que é nos bens doados, que o Juiz deve mandar fazêr a legitima dos co-herdeiros, que os-conferirão, sem que nelles dê parte alguma aos outros co-herdeiros; deve-se entendêr relativamente á collação ficta (Not. ao Art. 1196 *supra*), e não relativamente á collação verdadeira; tanto assim, que esse Praxista autorisa-se com a Ord. L. 4° T. 97 § 3°.

(17) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 13.

— *Com indemnisação do damnificamento*—, o que se-deve entendêr, quando os immoveis damnificárão-se por culpa dos herdeiros donatarios; e não quando o damnificamento fosse puramente motivado por caso fortuito, ou força maior, ou pelo uso.

Quid, se o immovel doado fôr um edificio em chão alheio, que totalmente se-perca por incendio, ou outra causa? Respondi, que, tendo havido culpa da parte do donatario, devia conferir o valôr do tempo da doação; e não a-tendo havido, que nada tinha á conferir, e indemnisar. Confere Lobão Obrig. Recipr. § 676.

3.ª ED.

Em referencia á este Art. 1212 enganou-se o Sr. Rebouças transportando para elle a Not. do Art. 1211. O limite da quarta parte do valôr dos bens ao tempo da doação, segundo a cit. Ord. L. 4° T. 97 § 13 inutilmente transcripta pelo Sr. Rebouças, ahi está consolidado no subsequente Art. 1213.

Art. 1213. Todavia esses direitos alternativos só terão logar, quando as bemfeitorias, ou deteriorações, chegarem á quarta parte do preço, que os bens valião ao tempo, em que forão doados (18).

Art. 1214. Nas doações para casamento, se o donatario tivér alienado os immoveis doados, trará á collação o preço, que valião ao tempo dellas (19).

Art. 1215. Os bens moveis doados em casamento, se o donatario ainda os-tivér, virão á collação no estado, em quo se-acharem; ou a doação se-fizesse com preço certo, ou sem elle (20).

---

(18) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 13.

(19) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 14.

Mudei o têxto da 1ª Edição dizendo—*os immoveis doados*—, e não em geral—*bens*—; e desta maneira evito, se não uma antinomia com a disposição do Art. 1216, ao menos uma redundancia. O caso de já não possuir o donatario os bens doados comprehende o de tê-los alienado, e se o § 14 da Ord. tambem refere-se á bens moveis, deve elle conferir o preço primitivo, ou tem a opção do § 15? E note-se, que estes dois §§ fallão ambos de doações em casamento.

Não tendo o donatario alienado o immovel doado, e não se-dando as duas hypotheses do § 13 da Ord., é claro, que o immovel deve ser conferido pelo seu preço actual, quér fosse doado em preço certo, quér não, como é expresso no começo desse § 13, cuja disposição omitti no texto, e deve-se reputar collocada entre os Arts. 1210, e 1211. Vid. Lob. Obrig. Recipr. §§ 665 e 667. Não parece pois exacta a exposição do § 61 das Linh. Orphanol. de Per. de Carv., tanto mais porque confunde o caso de trazêr o co-herdeiro os bens á collação com o caso diverso, em que elle se-abstem da herança.

(20) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 15. De ordinario attende-se ao preço certo, em que as doações forão feitas.

Do texto segue-se, que nada influe a deterioração dos bens moveis doados em casamento, ao contrario da deterioração dos

Art. 1216. Se o donatario já os-não possuir, póde trazêr á collação, ou o preço da sua avaliação ao tempo da doação; ou outros moveis da mesma qualidade, que os-substituão (21).

---

immoveis doados segundo o disposto no § 13 desta mesma Ord. L. 4º T. 97. Nada influe, porque o donatario os-confere no estado, em que se-acharem, sem havêr investigação de culpa.

Quid, se a doação de bens moveis não foi para casamento? A Ord. é silenciosa, e applica-se indistinctamente a disposição de seu § 15.

3.ª ED.

« O que diz a Not. (Rebouças Observ. pag. 143) será applicavel aos moveis em geral, e não aos *escravos* em razão de suas *idades*, e da *alta e baixa de seus preços*. »

Como não applicavel aos *escravos*, e á que vem dizêr-se, que o *donatario se-presta á sua avaliação no estado presente*, se a cit. Ord. L. 4º T. 97 § 15 manda avaliar em todos os casos? Além de que, eu cogitei da investigação de culpa; e não ha culpa na alta ou baixa dos preços de escravos, por suas idades, ou por outras causas necessarias ou fortuitas.

(21) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 15. Em sua ultima parte a disposição do Art. não está em uso.

— *Se o donatario já os não possuir* —, o que póde dar-se, ou por têr alienado os bens moveis doados, ou por havêl-os totalmente perdido. Na primeira hypothese, a Ord. faculta conferir o preço da avaliação primitiva, e portanto não attende ao preço da alienação dos bens. Na segunda hypothese, forçoso é reconhecêr, que o donatario só tem obrigação de conferir, quando os bens moveis doados perdêrão-se por sua culpa; e não, quando a pêrda foi puramente motivada por caso fortuito, ou força maior, ou pelo uso — Lob. Obrig. Reciproc. § 676.

Como os bens moveis podem ser fungiveis ou não fungiveis, tambem é forçoso reconhecêr, que o § 15 da cit. Ord. só procede, quando os bens doados são não fungiveis. Quanto aos fungiveis, *genus nunquam perit*; e o herdeiro donatario está sempre obrigado á vir á collação, como acontece, quando as doações são de dinheiro. Assim é igualmente no caso do Art. 1209, quando o herdeiro donatario tem já conferido metade da doação, pois que a outra metade, á conferir no segundo inventario, toma caracter fungivel.

Art. 1217. Não virão á collação:

§ 1.º As despezas do jantar, ou da cêa, no dia do casamento dos filhos (22):

§ 2.º As despezas de educação (23):

§ 3.º Aquillo, que o filho, não obstante vivêr na companhia do pai, ou da mãi, ganhou por seu trabalho, ou adquirio por doação, ou por outro meio (24):

Como os escravos entrão na classe dos bens moveis, estão comprehendidos no § 15 da cit. Ord. e nas distincções á cima feitas sobre o caso de pêrda total. O fallecimento dos escravos doados é um destes casos, reputa-se caso fortuito, emquanto não se-prova o contrario: e portanto o donatario não tem obrigação de conferir o valôr dos escravos doados, que fallecêrão. E não tendo tal obrigação, não tem a de conferir os filhos das escravas doadas fallecidas, applicando-se neste caso o disposto na cit. Ord. princ., ou no Art. 1207 *supra*.

3.ª ED.

« Deve-se entendêr o fim desta Not. (Rebouças Observ. pag. 147) quanto aos filhos da escrava doada havidos antes da morte do doadôr, porque, se se-dér o caso, *posto que não provavel*, de sêrem havidos esses filhos no intersticio da morte do doadôr á partilha, deverá procedêr á respeito delles a disposição da mesma Ord. L. 4º T. 97 princ., posto que o donatario não tenha então de conferir por inexistente a propria escrava doada. »

O caso supposto é *tão possivel*, como o de sêrem havidos os filhos da escrava antes da morte do doadôr. A solução resulta *á contrario sensu* da Ord. L. 4º T. 97 princ., consolidada no Art. 1207 *supra*. Vid. Not. á esse Art. 1207.

(22) Ord. L. 4º T. 97 § 2º.

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 97 § 7º Omitto o mais, que este § contém, por ser improprio do tempo actual.

3.ª ED.

Nas *despêzas de educação* entrão as de estudos maiores até o bacharelado, não assim as de doutoramentos.

(24) Cit. Ord. L. 4º T. 97 §§ 10, 16, e 19. São os bens — *adventicios*. Vid. Not. ao Art. 179. Não se-deve hoje distinguir os bens de doações régias, que a Ord. manda considerar — *quasi-castrenses* —.

§ 4.° O que o filho-familias adquirio por serviço militar, ou por trabalhos litterarios (25).

Art. 1218. Viráõ á collação :

§ 1.° Os bens, que o filho adquirio por doação, quando esta clausula se-lhe-impôz expressamente (26) :

§ 2.° Aquillo, que adquirio com os bens do pai, ou da mãi, vivendo na companhia delles (27).

Art. 1219. Os bens doados pelo avô aos netos devem vir á collação na respectiva partilha, se os donatarios quizérem concorrêr á herança com seus tios (28).

Art. 1220. Esses bens doados aos netos devem sêr do mesmo modo conferidos, quando o pai destes concorrêr á herança com seus irmãos (29).

Art. 1221. Tudo que se-descontar ao filho na herança de seu pai, ou mãi, pela doação feita ao neto, contar-se-ha depois na legitima desse neto por occasião da partilha com seus irmãos (30).

---

(25) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 18. São os bens—*castrenses*, e —*quasi-castrenses*.—Vid. Art. 183 § 1° *supra*.

(26) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 11.

(27) Cit. Ord. L. 4° T. 97 §§ 16 e 17. São actualmente inuteis as disposições dos §§ 8°, 9°, e 12.

(28) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 20.

Procede esta providencia, ainda mesmo que o neto donatario não concorra com tios á herança do avô, concorrendo somente com seus irmãos.

Quando o neto donatario concorre com seus tios, tambem deve trazêr á collação os bens, que á seu pai forão doados por seu avô. Não assim, quando concorre somente com seus irmãos; porque todos estes participárão dos bens, que á seu pai fallecido forão doados por seu avô.

(29) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 21.

(30) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 21.

3.ª ED.

Corrigi um erro do texto, mudando—*descontar-se-ha*—para —*contar-se-ha*—.

Art. 1222. Quanto á doações de bens aforados, o filho nomeado tra-los-ha á collação, se quizér herdar com seus irmãos; ou sêr-lhe-hão imputados em seu quinhão pelo valôr do tempo, em que lhe-forão doados (31).

Art. 1223. Se os bens aforados forão simplesmente nomeados no filho para depois da morte do pai, nem viráõ á collação, nem se-imputará seu valôr na legitima do nomeado (32).

Art. 1224. Exceptua-se o caso de têrem sido taes bens comprados, ou adquiridos, com dinheiro do pai, ou da mãi; ou, posto que não fossem comprados, se o nomeante tivér nelles feito muitas bemfeitorias (33).

Art. 1225. Isto não se-entenderá á respeito das bemfeitorias de insignificante valôr, e das despêzas necessarias com os bens nomeados no filho (34).

Art. 1226. Depois de fazêr-se partilha do preço da compra, ou das bemfeitorias, de alguma propriedade foreira em vidas, não se-fará outra vêz collação dessa propriedade na partilha por morte do nomeado (35).

Art. 1227. Haverá segunda collação na partilha dos bens por morte do nomeado, se novas bemfeitorias tivérem accrescido (36).

Art. 1228. O filho, ou filhos, que o pai nomear, devem pagar á molhér do nomeante, ainda que seja sua mãi, não tendo ella expressamente consentido, a parte, que lhe-per-

---

(31) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 22.

(32) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 22.

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 22.

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 22.

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 23.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 23.

tence no preço da compra dos bens aforados, ou no custo das bemfeitorias (37).

Art. 1229. A propria molhér do nomeante, no caso de sêr a nomeada, deve satisfazêr aos herdeiros do marido a parte, que tambem lhes-pertencêr no dito preço, ou nas bemfeitorias (38).

Art. 1230. O mesmo será observado em relação ao marido, quando os bens aforados fôrem da molhér (39).

CAPITULO VIII

Das heranças jacentes

Art. 1231. Não havendo testamento, a herança é jacente:

§ 1.° Se o fallecido não deixar conjuge, nem herdeiros descendentes, ou ascendentes, á quem, conforme á Direito, pertença ficar em posse, e cabeça de casal, para procedêr á inventario e partilha (1): (Art. 981)

---

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 25.
(38) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 25.
(39) Cit. Ord. L. 4° T. 97 § 25.

(1) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1° § 1°. Nossas Leis envolvem os casos de arrecadação das *heranças jacentes* com os de arrecadação de *heranças de ausentes* sob a denominação geral de *bens de defuntos e ausentes*, pois que os dois casos tocão-se, e o procedimento é identico. Tenho cuidadosamente discriminado as duas hypotheses, procurando distinguir as diversas applicações de cada uma dellas. No Art. 31 achão-se as applicações relativas á primeira hypothese, comprehendendo *bens de ausentes* e *heranças de ausentes*. Agora trato puramente das *heranças jacentes* (abstracção feita da arrecadação motivada por ausencia); isto é, daquellas heranças, que não são *adidas*, ou porque não existem herdeiros, ou porque herdeiros existem, que a Lei por taes não reconhece sem prévia habilitação; ou porque herdeiros existem, que não acceitão a herança. A *adição da herança*

entre nós não é acto especial, como no Direito Romano; mas enuncia o facto da *real transmissão* da herança para o herdeiro,—da *aceitação della*. Esse facto, que se-opéra sem uma habilitacão nos casos, em que a Lei a não exige, é a linha de separação entre a herança jacente e não jacente, salvos os direitos do conjuge sobrevivente cabeça de casal, cuja posse a Lei tem respeitado. São estas as idéas fundamentaes da materia, mas pela redacção do § 1° Art. 1° do Regul. de 1845, bem se-vê, que a Lei não attende ao direito hereditario, nem dos descendentes, e ascendentes, *quando não lhes-pertença ficar em posse e cabeça de casal*. Esta interpretação firma-se no Av. n. 34 de 14 de Abril de 1846, entretanto que tal direito de ficar em posse e cabeça de casal não se-acha definido em nossa Lei senão relativamente ao conjuge sobrevivente nos termos da Ord. Liv. 4° T. 95, salvo o caso da Ord. L. 4° T. 96 §§ 9° e 14° (Arts. 148, 149, 150, 1141, e 1143). A' herdeiros collateraes, —*posto que notoriamente conhecidos*—, tambem não se-attende nos termos do Av. de 12 de Janeiro de 1846, e n. 257 de 23 de Novembro de 1853. (Not. ao Art. 31 § 2°). E como combinar tal estado de cousas com a *posse civil* dos herdeiros, de que trata o Alv. de 9 de Novembro de 1754, e que o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 se-deu ao trabalho de explicar?— *Heranças jacentes e não adidas* —são as expressões da Lei de 4 de Dezembro de 1775 § 7°, e do Alv. de 28 de Janeiro de 1788, que passárão para o Art. 20 do Regul. de 9 de Maio de 1842. Quando o conjuge não está *na terra*, quando os herdeiros ascendentes ou descendentes não estão *presentes*, é caso de arrecadação de *herança de ausentes*, e não de *herança jacente*.

Segundo as idéas expendidas as palavras da Ord. L. 3° T. 80 § 1°, dizendo, que a herança é jacente, emquanto não se-faz partilha entre os herdeiros, não devem ser entendidas rigorosamente. Por causa dellas concluio Guerreiro *de Invent.* L. 4° Cap. 5° Tract. 1° n. 7, que a herança é jacente durante todo o tempo do inventario, ainda que tenha sido instituido um herdeiro certo.

Depois de occupar-se inutilmente com a differente significação das palavras—*adição*, e—addição, devendo ter lido na 1.ª Edição uma das Notas da Introduc. pag. 153, observa o Sr. Rebouças ácêrca desta Nota o seguinte:

« O transumpto, que constitue o § 1° do Art. 1231 manifesta-se antes ser do texto dos Regulamentos, e dos Avisos ministeriaes, que das Ordenações e Leis; e a correspondente

Nota 1 continúa nesta inversão até chegar finalmente á uma transparente exprobração pela flagrante infracção, e subversão da Lei de 9 de Novembro de 1754, e seu preceito, apezar do Assento de 16 de Fevereiro de 1786. »

« A Ord. do Liv. 1º Tit. 90 no § 1º diz o que seja *herança jacente* para se-arrecadar nestes termos : « E, finando-se alguma pessoa, que não tenha herdeiro algum, que sua herança deva havêr, ou que a não queira aceitar ; nem molhér, que a herança queira havêr, segundo nossa Ord., em tal caso o Juiz dos Orphãos fará logo sabêr ao Mamposteiro. »

« E, não a-querendo elle aceitar, ou defendêr, o Juiz dará um curador á herança, com o qual fará inventario de todos os bens, que à herança pertencêrem, se ainda o não tivér feito... E o dito curador administrará a herança, como no caso dos curadores dos prodigos e furiosos. »

« A Lei de 4 de Dezembro de 1775 justamente diz : « As heranças não *adidas*, e bens que fôrem vagos para a Corôa por falta de successão. »

« O Alvará de 28 de Janeiro de 1788 : « A arrecadação « dos bens jacentes, e não *adidos*, ou por falta de herdeiros, « ou por se-ignorar quem elles sejão. »

« Quando pois a Lei de 13 de Novembro de 1830, extinguindo no Art. 1º a Provedoria dos Defuntos e Ausentes, conferio no Art. 2º aos Juizes de Orphãos o exercicio das attribuições respectivas, foi justamente dizendo-as conforme a Ord. Liv. 1º Tits. 88, 90, e 62 § 38, e as mais Leis á respeito ; e nunca conforme os Regulamentos, e os Avisos dos Ministros do Poder Executivo, quando se-devem circumscrevêr á sua especial qualidade de Instrucções adequadas á boa execução das Leis, como prescreve a Constituição do Imperio, longe de dar-lhes azo para procedêrem á guiza de conquistadores expilando aos povos de um paiz conquistado. »

« A Ord. do Liv. 4º no Tit. 95 trata especialmente de — como a molhér fica em posse e cabeça de casal por morte de seu marido — ; e não tem nenhum outro Titulo, que semelhantemente se-occupe do marido por morte da molhér, justamente porque elle deve continuar até a partilha na administração que tinha. »

« Quanto mais que, se por falta de um Titulo especial na Ordenação não competisse aos herdeiros, descendentes, ascendentes, e mesmo collateraes, o exercicio de cabeça de casal, dir-se-hia, que tambem por essa falta não o-deveria ter o conjuge viúvo, levando-se o absurdo exclusivismo até

querêr, que essa mesma administração do casal, que o marido tinha na constancia do matrimonio, ficasse extincta pela morte da molhér. »

« Nem é somente á vista dos §§ 9º e 14 da Ord. L. 4º T. 96, que ao co-herdeiro, que tem a posse dos bens hereditarios, compete exercêr as funcções de cabeça de casal ; é mais positivamente pelo que diz a mesma Ord. L. 4º T. 96, depois do § 14 no § 15, havendo por igual á posse dos herdeiros em relação aos bens da herança, em que tenhão succedido, a que no estado de viuvêz compete ao marido e á molhér, ou *vice-versa*, assim :

« E o que dissemos do *irmão*, que está em posse da herança de seu *pai* ou *mãi*, haverá logar no *marido*, que por morte da molhér tem os bens, que ambos havião, ou possuião, em sua vida ; e bem assim na *molhér*, que por morte de seu marido ficou em posse e cabeça de casal, de cuja mão os herdeiros hão de recebêr a herança. »

Ainda bem que estas observações reforção a leve censura, que tenho feito aos Regulamentos e Avisos do Governo sobre heranças jacentes, e arrecadação e administração dos bens dellas. Taes disposições ministeriaes são as que regulão, rigorosamente executadas, e portanto são as leis vivas da materia.

O que domina hoje é o Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, que no Art. 1º § 1º diz, que são bens de defuntos (e ausentes) os de fallecidos intestados, de quem sabe-se, ou presume-se, havêr herdeiros ausentes. Bem se-vê, que esta disposição só encara os bens de defuntos como bens de herdeiros ausentes, e não como de heranças jacentes. Ficárão porém alterados os regulamentos anteriôres, porque esse ultimo Regul. declara no Art. 3º n. 1º, que não se-arrecadão bens do defunto intestado, que deixar na terra conjuge, ou herdeiros presentes, descendentes ou ascendentes, e collateraes *notoriamente conhecidos* dentro do 2º grão por Direito Canonico ; accrescentando no Art. 4º o seguinte : « Se os collateraes dentro do 2º grão *não forem notoriamente conhecidos*, far-se-ha arrecadação judicial, que todavia cessará sem deducção de porcentagens, se justificarem em prazo razoavel assignado pelo Juiz a sua qualidade hereditaria. »

Como na computação do parentêsco por Direito Canonico contão-se na linha collateral somente os grãos de um dos lados (Nota ao Art. 972 *supra*) segue-se, que a herança não é jacente, quando os herdeiros são irmãos do intestado (1º grão),

§ 2.° Se os herdeiros descendentes, ou ascendentes, repudiarem a herança (2).

Art. 1232. Havendo testamento, a herança é jacente: (Art. 1026)

§ 1.° Se o fallecido não tivér deixado testamenteiro, ou se este não aceitar a testamentaria (3):

---

seus tios, ou seus sobrinhos (2° grão); *e notoriamente conhecidos*.

« Se os herdeiros (cit. Regul. de 1859 Art. 5°) fôrem filhos illegitimos, e houvér fundamento para contestar-se a qualidade hereditaria; tambem terá logar a arrecadação judicial, que cessará, sem deducção de porcentagem, se elles justificarem seu direito certo, e indubitavel, á herança, proseguindo-se nos ulteriôres termos della para sêrem os bens entregues á quem de direito pertencêrem, se não fôr concludente a justificação. »

« A disposição do Art. antecedente (cit. Regul. Art. 6°) é extensiva ao caso, em que se-duvidar da legitimidade do casamento pelo que respeita ao conjuge, e filhos legitimos. »

« Das justificações (cit. Regul. Art. 7°), de que tratão os Arts. precedentes, não haverá recurso, ficando salvo o direito de habilitação na fórma do presente Regul. »

(2) Regim. de 11 de Maio de 1560 § 8°—*todas aquellas pessôas, que fallecêrem sem ter herdeiros, que queirão aceitar suas heranças*—, Ord. L. 1° T. 90 § 1°—*ou que a não queira aceitar*—, Ord. L. 3° T. 18 § 9°—*ou por os herdeiros as não quererem aceitar*—. O Art. 3° do Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 supprimio as palavras—*ou sem elle*—, que se-achão no Art. 3° § 2° do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842; mas foi porque ahi tratava-se de *heranças vacantes*, cujo caracter (não havendo testamento) fica definido, assignalando-se a circumstancia de não havêrem parentes até o decimo gráo por Direito Civil. Antes de sêr vaga a herança é jacente. A Fazenda Nacional faz a arrecadação pela possibilidade da vacancia, e para segurança do seu direito de successão no ultimo gráo da escala legal.

(3) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1° § 2°. Costuma-se entretanto nomear testamenteiros dativos. Quando se-faz a arrecadação, por não estar o testamenteiro *presente na terra*, não é caso de herança jacente.

§ 2.° Se não deixar conjuge, ou herdeiros descendentes, ou ascendentes, nos mesmos termos do Art 1231 § 1° (4):

Não se-arrecadão (cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 3° n. 3°) bens do defunto com testamento, que tivér deixado testamenteiro, que esteja presente na terra, e aceite a testamentaria. Se ao tempo do fallecimento (diz mais o cit. Regul.) estivér ausente o testamenteiro, far-se-ha arrecadação judicial; mas, se acontecêr apresentar-se o testamenteiro antes de feita a entrega aos herdeiros, ou de recolhido o producto dos bens ao Thesouro, e ás Thesourarias, lhe-será tudo entregue para cumprimento do testamento.

« Procede a arrecadação (Man. do Procur. dos Feitos § 328 n. 5°), ainda que haja testamenteiro dativo. »

(4) Cit. Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1° § 1°. E' muito duro, que não se-attenda ao direito dos—*herdeiros escriptos*—, é incoherente não dar-se prompto effeito á instituição destes, ao passo que se-attende á nomeação dos testamenteiros; porém esta é a verdadeira intelligencia do Regul., que emprega a palavra—*testado*—, o que se-repete no Av. n. 34 de 14 de Abril de 1846. Felizmente a hypothese é rara, porque quasi nunca faltão testamenteiros, e então os herdeiros instituidos livrão-se das habilitações.

« Mas essa incoherencia dasapparece (Man. do Procur. dos Feitos Not. 595), desde que se-attendêr, á que os regulamentos citados não se-podem interpretar de semelhante modo, quando os herdeiros instituidos são nomeadamente designados no testamento; caso em que para elles passa a posse civil com todos os effeitos da natural, e em que não ha necessidade de habilitação, por sêrem chamados immediatamente pelo testamento: sendo que, se se-achão presentes, e a herança é adida, não ha fundamento para se-proceder á arrecadação; tanto mais quando, sendo muito inferiôr o direito dos testamenteiros, seria verdadeiramente inqualificavel incoherencia, que a presença destes obstasse a arrecadação, e a-fizesse cessar, no emtanto que a do proprio herdeiro instituido (aliás testamenteiro legitimo, e inventariante legal) não produzisse o mesmo effeito. »

Seja como fôr, tem hoje cessado esta duvida de interpretação, porque a disposição consolidada no Art. 1232 § 2° está alterada pela do Art. 3° n. 2° do Regul. de 15 de Junho de 1859, que declara não ter logar a arrecadação á respeito dos bens de defunto testado, que deixar na terra herdeiro presente instituido nomeadamente no testamento.

§ 3.° Se os herdeiros descendentes, ou ascendentes, instituidos repudiarem a herança (5).

Art. 1233. O Juiz dos Orphãos, logo que tivér conhecimento de havêr fallecido em seu districto (6) alguma pessoa nas circumstancias dos dois Arts. precedentes, procederá á arrecadação e inventario de todos os bens, e proverá á respeito da administração delles, conforme os Regulamentos Fiscaes; e disposições, que abaixo se-seguem (7).

(5) Regim. de 11 de Maio de 1560 § 8°, Ord. L. 1° T. 90 § 1°, L. 3° T. 18 § 9°, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3° § 2°. Mas, feita a renuncia pelos herdeiros, se a herança reputa-se jacente, não se-segue, que seja vacante ; porquanto os bens não se-devem adjudicar á Fazenda Publica, havendo herdeiro dentro do decimo gráo—Decis. n. 5 de 16 de Janeiro de 1845.

(6) Vid. Decis. n. 72 de 5 de Julho de 1845.

(7) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 11, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 20.

A arrecadação pertence (cit. Regul. de 1859 Art. 29) ao Juizo de Orphãos do domicilio do defunto. No caso de têr elle mais de um domicilio, ou não têr algum, a competencia se-regulará pela prevenção da arrecadação.

O Juizo de Orphãos (cit. Regul. Art. 30) providenciará, para que se-arrecadem os bens existentes fóra do districto da sua jurisdicção ; expedindo logo aos Juizes competentes as precisas precatorias, que serão devolvidas ao Juizo deprecante depois de satisfeitas as diligencias deprecadas.

3.ª ED.

Av. n. 56 de 3 de Fevereiro de 1855—O Juizo de Orphãos tem jurisdicção para decidir administrativamente, no acto da arrecadação das heranças jacentes, quaes os objectos e bens, que á ellas pertencem.

Av. n. 183 de 5 de Junho de 1858—O inventario do espolio de Subdito Brazileiro fallecido em paiz estrangeiro, ou a copia delle, que acompanhar o mesmo espolio, pague-se á custa da herança.

Av. n. 152 de 24 de Abril de 1873—Nos casos de herança de defuntos testados, o Juiz de Orphãos só é competente

Art. 1234. Os Delegados, e Subdelegados, de Policia, pelo mesmo modo, e sob as penas dos Arts. 339, 340, e 341, são obrigados á participar immediatamente ao Juiz dos Orphãos o obito de todos os intestados do seu districto, e de todos os que morrêrem com testamento (8).

Art. 1235. O Juiz dos Orphãos nomeará Curadôres ás heranças jacentes, e estes devem sêr obrigados á prestar fiança, como os Tutôres, e Curadôres, dos menores (9).

(além da hypothese desse mesmo Av. citado ao Art. 1148 *supra*), quando se-tivér de começar pela arrecadação dos bens, nos termos dos Arts. 1°, 2°, 3°, e 20, do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859, por não existir na terra conjuge, herdeiro instituido; ou testamenteiro, que aceite a testamentaria.

Os Avisos de 11 de Janeiro, e 3 de Abril, de 1875 providencião sobre o destino dos espolios de praças da Armada.

(8) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Arts. 13 e 14, Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 4°, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 23.

Diz este Regul. no Art. 24: « A obrigação imposta no Art. antecedente é extensiva aos Parochos nas suas respectivas Parochias, quanto aos fallecimentos, cuja noticia pudér interessar ao Juiz de Orphãos. »

Se o Juiz (cit. Regul. Art. 31) pela distancia, em que se-achar do logar, onde existirem os bens do fallecido, ou por outra occurrencia attendivel, não pudér acudir immediatamente para arrecadal-os, os Delegados, e Subdelegados, de Policia procederáõ immediatamente, com assistencia de dois vizinhos, á apposição dos sellos, que não poderáõ sêr abertos sob pretêxto algum, senão pelo mesmo Juizo.

3.ª ED.

Av. n. 128 de 25 de Maio de 1859—Aos Delegados, e Subdelegados, não se-devem custas pelos actos praticados para arrecadação de bens de ausentes, e de heranças.

(9) Ord. L. 1° T. 90 § 1°, L. 3° T. 18 § 9°, Ord. n. 10 de 17 de Março de 1843, e cit. Regul. de 1859 Art. 20.

Como se-equipárão os Curadôres de heranças jacentes aos Tutôres e Curadôres dos menores, lhes-é applicavel a disposição da Ord. L. 1° T. 88 § 29 para o effeito de não poderem com-

Art. 1236. Sendo as heranças de pequena importancia, e não havendo quem de sua guarda e administração se-queira encarregar com prestação de fiança, confira-se a Curadoria sem esse onus á pessoa abonada para por ella respondêr (10).

Art. 1237. Aos Curadôres de heranças jacentes incumbe:

§ 1.° A arrecadação, e administração, das heranças, de que fôrem encarregados; representando-as em Juizo, e fóra delle; demandando, e sendo demandados pelo que lhes-dissér respeito:

§ 2.° Ter em bôa guarda, e conservação, os bens arrecadados, que lhes-fôrem confiados:

§ 3.° Promovêr activamente pelos meios legaes a arrecadação de todos os objectos pertencentes ás heranças, e a cobrança de suas dividas activas:

§ 4.° Solicitar nos devidos tempos a arrematação dos bens moveis, e semoventes, e o arrendatamento dos immoveis, observando o disposto no Art. 1248:

---

prar bens das heranças, que administrão, aos herdeiros.—Vid. Consolid. Arts. 291, e 585 § 2°.

Os parentes mais proximos do defunto (cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 80) serão preferidos aos estranhos para Curadôres, se fôrem idoneos. Os parentes nomeados Curadôres das heranças jacentes administrarão os bens na fórma das leis, ficando sujeitos á todos os onus, e gozando de todas as vantagens dos demais Curadôres.

(10) Av. n. 102 de 29 de Outubro de 1844, e cit. Regul. Art. 20.

3.ª ED.

Av. n. 219 de 27 de Junho de 1874—Os Curadôres especiaes de heranças jacentes, e bens de defuntos, poderão ser dispensados da fiança, quando as heranças fôrem de pouca importancia, e não houvér quem dellas se-queira encarregar com esse onus.

§ 5.° Entregar nos Cofres publicos todos os dinheiros das heranças, e o producto de todos os bens, e effeitos arrecadados, no prazo do Art. 1246 (11).

Art. 1238. Os Curadôres incorrerão na pena de demissão, se por negligencia não arrecadarem, e conservarem devidamente, os bens da herança, e não promovêrem a cobrança das dividas activas; além de ficarem responsaveis, bem como seus fiadôres, pelos prejuizos, que soffrêr a mesma herança (12).

Art. 1239. Além da porcentagem, que lhes-cabe em commum com os Empregados do Juizo segundo as disposições em vigôr (13), os Curadôres perceberão mais:

---

(11) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 24, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 79, cuja redacção é a seguinte: « Aos Curadôres dados ás heranças jacentes compete:

1.° (Como está no têxto *supra*):

2.° Têr em boa guarda, e conservação, os bens arrecadados, que lhes-fôrem confiados, e dar partilha aos herdeiros habilitados, se estes não quizérem fazê-lo amigavelmente nos casos, em que lhes-é permittido:

3.° (Comó está no têxto *supra*):

4.° (Como está no têxto *supra*):

5.° Dar cumprimento ao testamento nos casos, em que ao Juiz de Orphãos competir a arrecadação dos bens dos fallecidos testados, prestando contas no Juizo competente, sem todavia percebêr vintena:

6.° (Como está no § 5° *supra* e mais)—tudo sob as penas comminadas no Art. 43 da Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848, e outras disposições em vigôr; as quaes lhes-serão impostas pelas Autoridades Judiciarias, ou pelo Thesouro e Thesourarias. »

(12) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 25, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 81.

(13) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 26, Av. n. 48 de 16 de Julho de 1844, Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 7°, Ord. n. 159 de 19 de Maio, n. 161 da

§ 1.° Dois por cento do valôr dos bens moveis, e semoventes, que não fôrem arrematados, e ficarem confiados á sua guarda :

§ 2.° Um por cento do valôr dos objectos de ouro, prata, e pedras preciosas, que fôrem arrecadados, e recolhidos aos Cofres publicos (Art. 1247) :

§ 3.° Cinco por cento do rendimento liquido dos immoveis, que ficarem em sua guarda, e administração (14).

---

mesma data, e n. 172 de 31 de Maio, de 1851. A porcentagem é de 6 1/2 °/₀, tendo o Juiz 1 °/₀, o Escrivão 1 °/₀, o Procurador da Fazenda 1 °/₀ o Solicitador 1/2 °/₀, e o Curadôr 3 °/₀. Só compete aos Empregados em actual exercicio ao tempo da entrada do dinheiro—Decis. n. 109 de 5 de Novembro de 1844.

« Do producto, que se-arrecadar (Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 82), e apurar, dos bens, depois de abatidas as despezas do custeio e expediente delles, se-deduzirão 6 1/2 °/₀, á saber :

Um por cento para o Juiz :

Dito para o Escrivão, além dos emolumentos, que lhes-pertencerem pelos actos dos processos :

Dito para o Procuradôr da Fazenda, ou á quem fóra da Capital servir de fiscal por parte da Fazenda :

Meio por cento para o Solicitadôr :

Tres ditos para o Procuradôr, sem outros alguns emolumentos.

A porcentagem, de que trata este Art., será deduzida somente do dinheiro liquido achado em especie no espolio do intestado, ou proveniente da cobrança das dividas activas, dos arrendamentos, e das arrematações dos bens. »

A porcentagem tambem é devida dos juros das Apolices, e das acções de Companhias—Av. de 15 de Outubro de 1859.

(14) Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 2°.

O Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 83 tem alterado esta disposição, dando aos Curadôres dois por cento do valor dos bens moveis, e semoventes; e outros dois por cento do rendimento liquido dos bens de raiz, que ficarem debaixo de sua guarda e administração.

Art. 1240. O total da porcentagem dos Curadôres não póde excedêr á somma annual de 400$000 rs. (15), e a que lhes-cabe em commum com os Empregados do Juizo só se-deduzirá do dinheiro liquido, que produzirem os bens arrematados, ou que no espolio fôr achado em especie (16).

Art. 1241. Não são despezas á cargo dos Curadôres, para se-deduzirem de suas porcentagens, as que se-fizerem com o custeio, e custas dos processos, honorarios de Advogados; e aluguel de casas, ou armazens de deposito, para bôa guarda dos bens arrecadados (17).

Art. 1242. Feita a arrecadação, e postos os bens em administração, o Juiz dos Orphãos, havendo todas as possiveis informações á respeito da naturalidade dos intestados, mandará affixar Editaes no seu Termo ; e dirigirá deprecadas para os Termos da naturalidade dos finados, se fôrem Nacionaes, á fim de lá tambem se-affixarem Editaes por tempo razoavel,

---

(15) Cit. Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 2°. Pelo Art. 83 do cit. Regul. de 1859 esta disposição ficou só limitada á porcentagem do rendimento liquido dos bens de raiz.

(16) Prov. n. 98 de 12 de Setembro de 1845, Decr. cit. de 18 de Novembro de 1848 Art. 1°, e Art. 82 do cit. Regul. de 15 de Junho de 1859.

3.ª ED.

Av. n. 415 de 27 de Setembro de 1860—Os Curadôres dos herdeiros ausentes nenhum direito tem á qualquer outra remuneração de seu trabalho além da porcentagem, que lhes-compete pelo que arrecadão.

(17) Decis. n. 54 de 10 de Junho de 1846, em referencia aos Arts. 8°, e 26, do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842.

Mesmo fóra da Côrte as despezas com as heranças para actos dos processos devem ser pagas pelas Collectorias á vista de requisição do Juiz por officio, para não oneral-os com custas—Av. de 8 de Novembro de 1859.

chamando á virem habilitar-se os herdeiros dos mesmos finados, e todos que direito tenhão á sua herança (18).

Art. 1243. Todas as heranças serão arrecadadas, inventariadas, e partilhadas, com audiencia do Procuradôr da Fazenda do Juizo dos Feitos da Côrte; e, nas Provincias, com a dos Procuradôres Fiscaes, e seus Ajudantes; ou com a dos Collectôres nos logares, em que não houvér Ajudante (19).

Art. 1244. Em todas as avaliações dos bens dessas heranças entrará um Louvado por parte da Fazenda Nacional, pena de nullidade do processo; o qual será nomeado, na Côrte pelo Administradôr da Recebedoria, e nos mais logares pelos Empregados de Fazenda respectivos (20).

Art. 1245. Os Louvados deverão sêr pessoas entendidas nos objectos, que fôrem avaliar; desempenharáõ este encargo na fórma das Leis, sem dependencia de novos juramentos, e venceráõ por cada avaliação os emolumentos estabelecidos para os mais avaliadôres (21).

---

(18) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 15, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 32.

(19) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 16.

(20) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 28.

Este Art. 28 do Regul. de 9 de Maio de 1842 está substituido pelo Art. 34 do Regul. de 15 de Junho de 1859, que assim dispõe: « Todas as avaliações de bens moveis, semoventes, e de raiz, das heranças dos defuntos e ausentes serão feitas por dois louvados, nomeados e approvados pelo Curadôr e Procuradôr da Fazenda, ou seu Ajudante, na Côrte; e Procuradôres Fiscaes, seus Ajudantes, Collectôres, e mais Agentes Fiscaes, nas Provincias. »

(21) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 28.

Tambem está substituida esta disposição pelo Art. 34 do cit. Regul. de 1859, que assim dispõe: « Estes louvados deveráõ sêr pessoas entendidas nos objectos, que fôrem avaliar; prestaráõ juramento de desempenhar seu encargo na fórma das leis, vencendo os emolumentos estabelecidos para os mais avaliadôres.

Art. 1246. Concluido o inventario no mais curto espaço de tempo possivel, serão vendidos em hasta publica, precedendo Editaes, todos os bens moveis, e semoventes, e seu producto será recolhido aos Cofres respectivos vinte e quatro horas depois da arrematação (22). (Art. 1250)

« O Procuradôr da Fazenda na Côrte (Art. 35 do cit. Regul.), e os Procuradôres Fiscaes nas Cidades da Bahia e Pernambuco, quando se-tivérem de avaliar bens de raiz, poderáõ escolhêr para louvados os lançadôres das Recebedorias de rendas internas, que em tal caso desempenharáõ seu encargo, independente de novo juramento. »

« Escolhidos os louvados (Art. 36 do cit. Regul.), proceder-se-ha á avaliação nos termos da Legislação em vigôr, nomeando-se um terceiro, na fórma da Ord. L. 3° T. 17 § 2°, se aquelles discordarem. »

« Prestado o juramento (Art. 37 do cit. Regul.), os louvados, se não comparecerem no logar e dia designados, ou não proferirem o laudo, ou concorrerem, sem motivo justo, para que a avaliação se-transfira, soffreráõ uma multa de 50$000 á 100$000 rs., que lhes-será imposta pelo Juiz; além de pagarem a despeza, á que dérem causa. »

(22) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 29, Prov. n. 98 de 12 de Setembro de 1845, Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 1°.

Accrescenta o Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 38:—assim como as acções de companhias, não havendo dinheiro para continuar á fazêr as entradas, ou ameaçando depreciarem-se.

Não ficão sujeitos á disposição deste Art.:

1.° Os moveis, e semoventes, destinados e applicados á laboração dos estabelecimentos agricolas, ou fabris; e consequintemente não deveráõ ser arrematados os mesmos estabelecimentos senão em toda a sua integridade, e jámais por partes:

2.° Os moveis, que sejão de valôr de affeição, como retratos de familia, collecção de medalhas, manuscriptos, etc.

O Juiz de Orphãos (cit. Regul. Art. 40), sendo os bens de facil deterioração, ou não se-podendo guardar sem perigo, ou grande despeza, mandará arrematal-os logo depois de arre-

Art. 1247. Do mesmo modo será recolhido aos Cofres todo o dinheiro, ouro, prata, e pedras preciosas (23).

Art. 1248. Os bens de raiz serão arrendados (24), e só poderáõ sêr vendidos como os outros bens, quando da demora se-pudér seguir ruina delles á juizo de peritos (25).

Art. 1249. Na venda dos immoveis, quando não houvér arrematante, admittir-se-hão lanços á prazos com as cautelas usadas nos contractos da Fazenda Nacional (26).

---

cadados; reduzindo á seu arbitrio o prazo, e o numero, dos annuncios.

Os bens de pouca importancia (cit. Regul. Art. 41), que por commum e geral estimação não excederem de 200$000 rs., serão da mesma fórma arrematados á quem mais dér, independentemente de avaliação, devendo todavia annunciar-se a arrematação com a precisa antecedencia por edital, e pela imprensa.

(23) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 29, Prov. n. 98 de 12 de Setembro de 1845, e Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 1°.

« Da mesma fórma (Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 38) será recolhido aos Cofres Publicos todo o dinheiro, ouro, prata, pedras preciosas, titulos da Divida Publica; e depois de competentemente sellados, e lacrados, quaesquer papeis, que contenhão segredos de familia, para sêrem entregues aos herdeiros habilitados. »

Esta disposição comprehende moedas estrangeiras—Ord. n. 60 de 10 de Fevereiro de 1855.

(24) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 18, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 43.

(25) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 8°, Prov. n. 98 de 12 de Setembro do mesmo anno, Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 1°; e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 43, que tambem manda vendêr os bens de raiz, quando seu preço fôr indispensavel para pagamento de credôres legalmente habilitados.

(26) Decr. n. 510 de 13 de Março de 1847, e cit. Regul. n 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 63.

Ficão supprimidos (cit. Regul de 1859 Art. 39) em todas as arrematações, que se-fizérem no Juizo de Ausentes, os pregões,

Art. 1250. Fóra do caso do Art. antecedente o producto dos bens arrematados será pago á boca do Cofre 24 horas depois da arramatação, nos termos do Art. 1246; não sendo entregues os bens ao arrematante sem que apresente em Juizo o conhecimento em fórma passado pela Estação respectiva, do qual conste a entrada feita no Cofre (27).

Art. 1251. As justificações, e libellos, para cobrança de dividas, á que estejão sujeitas as heranças jacentes, correráõ pelos Juizos, que as-arrecadarem, citados o respectivo Curadôr, o Procuradôr da Fazenda no Municipio da Côrte; e os Procuradôres Fiscaes, ou seus Ajudantes, ou os Collectôres, em todas as Provincias (28).

---

e reduzidas as praças á uma unica; o Juiz todavia poderá adial-a duas vezes, se, por falta de lançadôres, ou por não serem vantajosos os lanços offerecidos, assim o-julgar conveniente; annunciando-se por editaes, e pela imprensa, o dia novamente designado.

Se os bens (cit. Regul. Art. 41) existirem fóra do logar da residencia do Juizo, poderá este deprecar por simples officio a diligencia da arrematação á Autoridade Policial, que os tivér arrecadado, a qual, feita a diligencia, remetterá o producto ao mesmo Juizo com as devidas seguranças.

O Juiz de Orphãos (cit. Regul. Art. 42) poderá adiar a arrematação dos bens por tempo indeterminado, sempre que, pendendo a habilitação, os herdeiros assim o-requeirão, e não houvér inconveniente.

Pela mesma fórma do Art. 39 (cit. Regul. Art. 55) se-procederá á respeito das dividas activas, que fôrem de difficil liquidação, ou cobrança, com o abatimento nunca excedente de 30 %; e os titulos das que o não fôrem serão recolhidos ao Thesouro, e ás Thesourarias.

(27) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 31, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 38 e 45.

(28) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 32, Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 9°, e Regul. cit. de 15 de Junho de 1859 Art. 48.

Art. 1252. Não serão admittidas justificações por dividas maióres de 100$000 rs. (29).

Art. 1253. As habilitações dos herdeiros serão feitas perante os mesmos Juizos, fallando nos processos o competente Curadôr, e os mesmos Funccionarios designados no Art. 1251 (30).

Art. 1254. Dar-se-ha appellação ás partes, contra quem se-proferirem as sentenças; e das proferidas em favôr dos habilitantes, e credôres, o Juiz appellará *ex-officio* para a Relação do Districto, sempre que o valôr da divida, ou da herança, excêda de 80$000 rs. (31).

---

(29) Cit. Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 9°. Este Art. está substituido pelo Art. 48 do cit. Regul. de 15 de Junho de 1859, quando diz : « Não serão admittidas justificações por quantias excedentes á alçada do Juizo. »

Sendo a divida (cit. Regul. de 1859 Art. 49) liquida e certa, e constante de escriptura publica, ou de instrumento como tal considerado pelas Leis Civis ou pelo Cod. do Com., nada tendo que oppôr o Curadôr e Agentes Fiscaes, para o que deverão ser ouvidos; poderá o Juiz, exigindo os esclarecimentos, que entendêr necessarios, autorisar o pagamento, expondo em todo o caso os fundamentos de sua deliberação, de que não haverá recurso.

As despezas de funeral (cit. Regul. Art. 50) serão logo autorisadas pelo Juiz de Orphãos, sendo possivel, ou pela Autoridade Policial do districto, com attenção ás forças da herança, e á qualidade da pessoa do defunto.

(30) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 32, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 46.

(31) Alv. de 9 de Agosto de 1759 § 5°, Circ. de 30 de Junho de 1840, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 32, Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 9°, Ord. n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848. As heranças jacentes, quando vencidas, pàgão o impôsto substitutivo da dizima da Chancellaria—Decis. n. 156 de 21 de Outubro de 1847.

Quanto ás habilitações, diz o cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 46:—dando-se appellação ás partes, e aos mencionados Agentes da Fazenda Publica, sempre que o

Art. 1255. Não se-admittem nessas habilitações papeis, que não sejão originaes; havendo-se os primeiros traslados delles por nullos, e de nenhum effeito (32).

Art. 1256. Dentro de sêis mêzes, depois de concluido o inventario, nenhuma herança jacente poderá sêr conservada em podêr dos Curadôres. Os herdeiros, ou interessados habilitados, que no dito praso a não reclamarem, serão pagos pelo Thesouro Publico (33).

Art. 1257. Os fundos das heranças jacentes serão entregues aos legitimos herdeiros á vista dos precatorios do competente Juizo, acompanhados das habilitações originaes julgadas por sentença, ficando o traslado dellas nos respectivos Cartorios (34).

---

valôr da herança excedêr a alçada do Juizo; e appellando os ditos Juizes ex-officio das sentenças, que dérem á favôr dos habilitandos, sempre que o dito valôr excedêr de 2:000$000 réis.

Quanto á credôres da herança, diz o cit. Regul. Art. 48 :— dando-se appellação ás partes, e aos Agentes Fiscaes, sempre que o valôr da divida excedêr a alçada do Juizo; e appellando o Juiz ex-officio das sentenças, que proferirem á favor dos credôres, sempre que seu valôr excedêr á 2:000$000 réis.

(32) Alv. de 9 de Agosto de 1759 § 5°.

(33) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 34, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 53, que, em logar de seis mêzes, marca o prazo de um anno.

(34) Lei de 4 de Outubro de 1831 Art. 90, Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 91, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 35, Ord. n. 129 de 29 de Setembro de 1847, Decis. n. 30 de 24 de Fevereiro de 1848. Esta disposição não é extensiva aos processos de justificações, e demandas, das dividas passivas das heranças jacentes, comprehende somente as habilitações dos herdeiros. Basta, quanto ás dividas, que se-extráião as sentenças dos processos, como declarou a Ord. de 10 de Outubro de 1845—Cit. Decis. de 24 de Fevereiro de 1848.—Além do imposto provincial da taxa, ou decima, de heranças, de que tratão quanto ao Municipio da Côrte os

Regulamentos de 28 de Abril de 1842, e de 4 de Junho de 1845, e primitivamente o Alv. de 17 de Junho de 1809 §§ 8° e 9°, paga-se mais o imposto geral do § 42 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841. Pela redacção desse § 42 parece, que tal imposto só devêra recahir nas habilitações para recebêr *heranças de ausentes*, e confirma esta intelligencia a Decis. n. 74 de 11 de Julho de 1845, entretanto que elle se-cobra tambem nas habilitações relativas á heranças jacentes. Veja-se á tal respeito o Art. 36 do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, cuja intelligencia se-fixou no Art. 10 do Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845. A Decis. n. 172 de 31 de Maio de 1851 deu uma interpretação mais ampla. Não se-paga esse imposto pelas justificações, e acções, para cobrança das dividas passivas das heranças jacentes—Decis. n. 117 de 31 de Agosto de 1847.

O Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 58 contém a mesma disposição consolidada no têxto, addicionando o seguinte:

As deprecadas legaes (cit. Regul. Art. 59) serão substituidas por simples officio do Juiz, sempre que o valôr da herança não excedêr de 2:000$000 réis:

A apresentação dos autos originaes (cit. Regul. Art. 60) não é extensiva aos processos (e sentenças) relativos á divida passiva da herança, á respeito dos quaes se-procederá nos termos da legislação em vigôr:

Nenhuma entrega (cit. Regul. Art. 61) dos bens de herança jacente se-effectuará, nenhuma deprecada ou officio do Juiz de Orphãos para levantamento de dinheiros ou bens das mesmas heranças será expedida ou cumprida, sem que conste o pagamento prévio dos impostos estabelecidos pelas Leis, de 30 de Novembro de 1841 Tabella annexa § 42, de 21 de Outubro de 1843 Art. 12 § 1°, e pelo Alv. de 17 de Junho de 1809 §§ 8° e 9°, que fôrem devidos da herança, ou legado, o que não será extensivo aos credores.

Nenhum precatorio (cit. Regul. Art. 62), ou officio, em virtude do qual se-requisite o levantamento de dinheiros, ou bens, pertencentes á heranças jacentes, será expedido, sem que do mesmo conste a intimação da sentença á quem de direito fôr, que nenhuma opposição houve do Curadôr ou dos Fiscaes da Fazenda; ou, tendo havido, que satisfizérão-se as diligencias requeridas, ou proseguio-se nos termos ultcriôres do processo na fórma da legislação em vigôr.

Art. 1258. Quando a importancia das heranças recolhidas ao Thesouro consistir em ouro, ou prata, restituir-se-ha na mesma especie; ou então o seu equvalente segundo o *agio*, que no mercado tivérem as moedas no dia, em que fôr feita a entrega á cada um dos herdeiros (35).

Art. 1259. No caso de não apparecêrem interessados à habilitar-se como legitimos herdeiros, o Juiz dos Orphãos, lavrados os termos necessarios por onde conste claramente havêrem-se praticado todas as diligencias legaes com audiencia

3.ª ED.

Circ. n. 34 de 21 de Janeiro de 1863—Não expeção os Juizes mandado algum para entrega de bens pertencentes á herança de ausentes, cuja propriedade ainda se-acha em tela judiciaria, sem que os respectivos herdeiros, ou legatarios, tenhão prestado fiança idonea de restituição dos mesmos bens, e seus rendimentos, aos legitimos proprietarios, logo que definitivamente tenhão terminado o pleito, extinctos quaesquer recursos.

Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1°—Os direitos de habilitação para heranças ficão substituidos pelo imposto de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19).

Av. n. 151 de 23 de Abril de 1874—Aos Procuradôres Fiscaes das Thesourarias, no exame dos processos de habilitação, que acompanhão precatorias para levantamento de heranças, devem limitar-se aos restrictos termos do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859; isto é, se o processo de habilitação correu com audiencia do representante da Fazenda Nacional, para garantia do direito eventual, e se forão pagos os impostos devidos.

(35) Decis. n. 123 de 20 de Setembro de 1847.

3.ª ED.

Citei este Art. 1258 ao Art. 822 por sêr caso, em que paga-se com *agio*.

dos Fiscaes, julgará os bens das heranças como *vacantes*, e pertencentes á Fazenda Nacional (36).

---

(36) Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 33, e cit. Regul. de 1859 Art. 51.

Depois de julgadas (cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 52) *vacantes e devolutas* para o Estado, as habilitações dos herdeiros, e as reclamações de dividas activas e passivas relativas ás mesmas heranças; bem como quaesquer outros processos, que com ellas entendão; terão logar pelo Juizo dos Feitos, abonando-se aos Agentes da Fazenda Publica as porcentagens competentes.

As diligencias (cit. Regul. de 1859 Art. 56) dos Arts. antecedentes não terão logar, se a habilitação dos herdeiros, ou a reclamação dos donos dos bens, estivér pendente em qualquer Instancia judiciaria ao tempo, em que findar o prazo de um anno, sendo prorogadas á requerimento da parte as mesmas diligencias até final decisão do processo.

Só, depois de findo o anno da conclusão do inventario, se-devem julgar *vacantes e devolutos* para o Estado os bens de defuntos—Circ. de 10 e 18 de Outubro de 1859.

3.ª ED.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 3°—Serão declarados libertos os escravos de heranças vagas.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 75 n. 3°, e § 3°, e Art. 77—Os escravos das *heranças vagas* receberáõ do Juiz, que julgar da *vacancia*, as suas competentes Cartas. Não podem pois sêr arrematados *ex-vi* do Art. 38 do Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 até a decisão sobre a *vacancia da herança*, e devolução desta ao Estado; e durante esse tempo, seus serviços serão alugados pelo Curador da herança, sob a inspecção, e com acquiescencia, do Juiz. Escravos das *heranças vagas* etc. As Cartas passadas aos Escravos das *heranças vagas* serão a Certidão da Sentença extrahida pelo Escrivão, e rubricada pelo Juiz.

A obrigação de respondêr o herdeiro pelas dividas do defuncto vai *ultra vires hereditatis*, quando elle não aceita a herança á *beneficio do inventario;* o que procede, ainda que o herdeiro seja o *Fisco*, ou o *Estado*, outr'ora a *Corôa*, como já disse ao Art. 978 *supra*. Tem sido pois omissão perigosa, nos julgamentos da *vacancia das heranças jacentes*, não requerêr o Pro-

Art. 1260. A disposição do Art. 34, quanto á heranças de estrangeiros, será observada á respeito dos subditos daquellas Nações, com as quaes, em virtude de accôrdo, fôr estabelecida a reciprocidade por meio de Notas reversaes, accedendo Decreto do Govêrno (37).

Art. 1261. Quanto aos bens das outras heranças de estrangeiros, que se-devão reputar jacentes, terão vigôr as disposições communs; á menos que os estrangeiros fallecidos pertenção á Nações, com as quaes existão Tratados, onde hajão estipulações especiaes, e diversas (38).

Art. 1262. Todos os actos judiciaes, e administrativos, relativos á estas heranças, serão feitos com assistencia dos respectivos Cansules, ou de pessôas por elles autorisadas; sendo para esse fim avisados pelo Juiz, e procedendo-se á sua revelia quando não compareção (39).

---

curadôr da Fazenda Nacional para assignar têrmo de aceitação de herança á *beneficio de inventario*. Tal omissão, para não dizêr impericia, não se-póde imputar á Republica Chilena em vista do Art. 1250 do seu Cod. Civil.

(37) Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 24. Se colloquei a disposição do Art. 34 na Parte Geral com as mais disposições relativas á ausentes, foi porque, nos termos desse Regul. de 1851, as heranças são sempre arrecadadas como pertencentes á estrangeiros ausentes, que os Consules representão. Nesses casos as heranças não estão sujeitas á eventualidade da *vacancia*, os Agentes Consulares sempre disporáõ dellas; o Regul. apenas cogitou dos impostos, conforme vê-se no final do Art. 3°.

3.ª ED.

Circ. n. 264 do 1° de Outubro de 1859—O Art. 48 do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 está em inteiro vigôr, porque o Art. 101 do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1858 só declarou revogadas as disposições em contrario.

(38) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 43, Ord. n. 102 de 29 de Outubro de 1844, e n. 125 de 28 de Dezembro do mesmo anno.

Art. 1263. Se, feitas as averiguações do Art. 1242, viér ao conhecimento do Juiz, que o fallecido é estrangeiro, participal-o-ha ao respectivo Consul, quando já antes o não tenha feito; e, no caso de não o-havêr, ao Ministro dos Negocios Estrangeiros, para communical-o ao paiz da naturalidade do fallecido (40).

Art. 1264. Na assistencia facultada aos Consules pelo Art. 1262 deve entendêr-se permittida a faculdade de requerêrem todas as providencias legaes conducentes á bôa arrecadação, e administração, das heranças. Bem assim tem elles o direito de sêr ouvidos á respeito da nomeação dos Curadôres (41).

Art. 1265. A disposição do Art. 1261 comprehende as heranças daquelles estrangeiros, que, suppôsto fallecêssem no tempo da existencia de Tratados, deixárão comtudo bens ainda não arrecadados, e administrados competentemente (42).

Art. 1266. Comprehende igualmente os bens existentes no Imperio, que pertencêrem á estrangeiros fallecidos fóra delle, á fim de se-fazêr a arrecadação, e sêrem administrados á favôr de quem pertencêr (43).

Tambem não tem vigôr as disposições communs, quando os fallecidos fôrem Membros do Corpo Diplomatico, ou Agentes Consulares Estrangeiros, excepto se estes tivérem exercido alguma industria no paiz—Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 11. O que só tem logar em relação aos Agentes Consulares, depois de estabelecida a reciprocidade etc—cit. Regul. Art. 24.

(39) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 43.

(40) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 5°, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 33.

(41) Cit. Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 11.

(42) Decis. n. 112 de 11 de Outubro de 1845.

(43) Cit. Decis. n. 112 de 11 de Outubro de 1845. Vid. Ord. n. 16 de 31 de Janeiro de 1848, generalisada pela de n. 19 de 17 de Janeiro de 1849.

Art. 1267. Aos Juizes de Direito em correição compete, conforme seu Regimento, fiscalisar a arrecadação, e administração, dos bens das heranças jacentes, sem todavia exercêrem jurisdicção alguma além da que no mesmo Regimento se-contém (44).

TITULO IV

DA HYPOTHECA (1)

Art. 1268. A hypotheca é legal, ou convencional. A hypotheca legal é privilegiada, ou simples (2).

---

(44) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 48.

3.ª ED.

(1) O novo systema hypothecario da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e do seu Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, alterou tão profundamente a antiga legislação hypothecaria consolidada no têxto deste Titulo, que, para não embaraçar mais este assumpto, abstenho-me de novos esclarecimentos, e apenas insiro nesta 3.ª Ed. as disposições governamentaes e administrativas depois do cit. Regul. de 1865. Se dér á luz uma 4.ª Ed., requererei faculdade ao Govêrno Imperial para desprezar inteiramente o têxto velho, e consolidar novamente a legislação hypothecaria no estado em que se-achar.

O Decr. n. 3912 de 22 de Julho de 1867 regula a Repartição das Hypothecas do Banco do Brazil.

Av. n. 420 de 22 de Setembro de 1869 —A Lei e o Regul. das hypothecas, innovando o regime dellas, revoga tudo o que estava estabelecido na Legislação anteriôr.

Veja-se o *Direito Hypothecario do Brazil*, compilado, e annotado, por José Furtado de Mendonça.

(2) Quanto á hypotheca legal privilegiada—Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 34 á 41. Quanto á legal simples—Cit. Lei § 31, na palavra—*tacitas*—a Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° §§ 14 e 15. Quanto á convencional—Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 31, 32, e 33.

Art. 1269. Os effeitos da hypotheca são:

§ 1.° O direito real, que segue sempre os bens hypothecados, emquanto não fôrem remidos (3): (Art. 1296)

Pela novissima Lei de 24 de Setembro de 1864 vigora a primeira parte do Art. *supra*:—A hypotheca é legal, ou convencional—Art. 2° § 8° da citada Lei. Não vigora porém a segunda parte, que distingue a hypotheca legal em privilegiada e simples. A citada Lei no Art. 3° trata indistinctamente das hypothecas legaes, de modo que não ha hoje hypothecas legaes privilegiadas; mas como o Art. 5° da citada Lei mantem os privilegios nella não comprehendidos, posto que os-limite aos bens moveis, aos immoveis não hypothecados, e ao preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias; resta a duvida de estarem, ou não, em vigôr como *privilegios*, em concurrencia com os creditos não hypothecarios, as hypothecas privilegiadas da legislação actual. Inclino-me á solução affirmativa, e farei as convenientes indicações nas Notas de cada um dos §§ do Art. 1270. Esse Art. 5° da citada Lei assim autorisa á resolvêr, quando diz no § 2°; « Continuão em vigôr as preferencias estabelecidas pela legislação actual, tanto á respeito dos bens moveis, semoventes, e immoveis não hypothecados, como á respeito do preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias. »

Segue-se pois, que taes preferencias só tem por causa *privilegios*, e não hypothecas; e que só se-referem á credores chirographarios, não podendo em caso algum prejudicar aos credores hypothecarios, salva a disposição desse mesmo Art. 5° da Lei no § 1°, que diz assim: « Exceptuão-se os creditos provenientes das despezas e custas judiciaes feitas para execução do immovel hypothecado, as quaes serão deduzidas precipuamente do producto do mesmo immovel. »

O Art. 15 § 2° da citada Lei respeita as hypothecas privilegiadas já adquiridas conforme a legislação actual, as quaes manda que fiquem em vigôr até a solução das dividas, que ellas garantirem; comtanto que sejão inscriptas pela fórma, e no prazo, que o Govêrno determinar, sob pena de não valêrem contra terceiros.

(3) Ord. L. 2° T. 52 § 5°—*porquanto a fazenda do dito devedôr fica sempre obrigada e hypothecada ás ditas dividas, e passou com o seu encarrego e hypotheca á cada um dos herdeiros, em cujo poder fôr achada*, etc.—Ord. L. 4° T. 3° princ., Regul. n. 482 de 14 de Novembro de 1846 Art. 13 ns. 1° e 2°.

Este effeito da hypotheca está reconhecido nos Arts. 6° § 3°, e 10 da novissima Lei Hypothecaria.

O Cod. do Com. no Art. 470 tambem reconhece este effeito da hypotheca quanto ás embarcações, effeito á que se tem dado modernamente a denominação de—*sequela*,—da qual usou Corr. Tell. no seu Commentario á Lei Hypothecaria Portugueza de 26 de Outubro de 1836 Art. 4° Not. 22. Esta denominação é excellente, porque denota peculiarmente o direito real da hypotheca, que, differente dos outros direitos reaes, tem por fim o pagamento de uma divida. Della porisso usei na Not. ao Art. 1294.

§ 2.° A preferencia de pagamento em concurso de credôres chirographarios (4).

---

(4) Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 13, que mandou graduar as preferencias pelas hypothecas, e não pela prioridade das penhoras, revogada a Ord. L. 3° T. 91. Lei de 20 de Junho de 1774 § 42 nas palavras—*depois das hypothecas*—, Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 13 n. 3°. Vid. Not. ao Art. 834 *supra*.

Este outro effeito da hypotheca resulta de todo o contêxto da novissima Lei Hypothecaria, não havendo outras hypothecas senão as que essa Lei estabelece, como diz seu Art. 1°. Em seu Art. 2° accrescenta-se: « A hypotheca é regulada sómente pela lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejão commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial relativas á hypothecas de bens de raiz. »

Estas ultimas palavras—*relativas á hypothecas de bens de raiz*—provocão *a contrario sensu* a intelligencia, de que não ficão derogadas as disposições do Cod. do Com. relativas á hypothecas de bens moveis; porém tal intelligencia acha obstaculo no § 1° desse mesmo Art. 2° da citada Lei, onde se-declara, que só podem ser objecto da hypotheca os immoveis, e os accessorios dos immoveis com os mesmos immoveis. Como conciliar isto? Creio, que as transcriptas palavras exceptuão somente as disposições do Cod. do Com. relativas á hypotheca de embarcações, visto como as embarcações são bens moveis.

3.ª ED.

Av. n. 96 de 5 de Março de 1866—Navios não são objectos de hypotheca, e registro, de que trata a Lei Hypothecaria;

Art. 1270. Tem hypotheca legal privilegiada (5):

§ 1.° Sobre as bemfeitorias, o credôr, que concorreu com materiaes, dinheiro, ou mãos de obreiros, para construcção, reedificação, e reparos, de edificios (6):

§ 2.° Tambem sobre as bemfeitorias, o credôr de dinheiro emprestado para se-abrir, e arrotear, terras incultas (7):

§ 3.° O credôr de dinheiro emprestado para compra de terras, fazendas, e moradas de casas, á respeito somente desses bens comprados; constando porém da escriptura do emprestimo, que elle se-fêz com esse destino, e verificando-se a compra posteriôr (8):

---

mas todavia subsistem, como declara o Art. 112 do Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, posto que sem o nome de hypotheca, as *obrigações reaes*, que sobre os mesmos navios estabeleceu o Cod. do Com., as quaes *obrigações reaes* devem ser registradas nesse Tribunal em livro destinado pelo Art. 58 § 1° do Decr. n. 738 de 25 de Novembro de 1850 para as hypothecas commerciaes.

Av. n. 273 de 27 de Julho de 1866—A nova Lei Hypothecaria não admitte hypothecas senão de immoveis.

3.ª ED.

(5) Vid. Not. 2 ao Art. 1268, onde já prevenio-se, que não ha hoje hypothecas legaes privilegiadas.

(6) Lei de 12 de Maio de 1758 §§ 10 e 11, Lei de 20 de Junho de 1774 § 34, e Alv. de 24 de Julho de 1793 § 1°.

Não ha mais hypotheca neste caso, ha só privilegio, como se conclúe das disposições comparadas dos Arts. 1° e 5° da novissima Lei Hypothecaria. Tal privilegio dá direito de preferencia sobre os credores chirographarios, e dará tambem o *direito de sequéla?* A novissima Lei nada diz.

(7) Lei de 20 de Junho de 1774 § 36.

Cabe aqui a mesma observação addicional da Nota antecedente.

(8) Lei de 20 de Junho de 1774 § 37, e Alv. de 24 de Julho de 1793 § 1°. Entre nós, assim como na venda feita á credito transfere-se o dominio para o comprador, sem ter o vendedor acção para resolvêr a venda, salvo o caso do *pacto commisso-*

rio (Arts. 530, 531, e 532); tambem não ha hypotheca privilegiada em favôr do vendedor pelo preço não pago, á menos que se-argumente com a identidade de razão do § 9° *infra*.

Depois de transcrever os §§ 37 e 41 da Lei de 20 de Junho de 1774, e o § 1° do Alv. de 24 de Julho de 1793, observa o Sr. Rebouças o seguinte:

« Vendo-se que a lei confere hypotheca legal privilegiada pelo debito para a compra, como duvidar-se que o-tenha reconhecido pelo debito inherente á compra?

« Não só está entendido pela força da identidade da razão, e ainda pela maior força della, como pelo espirito e letra da disposição da mesma Lei.

« A Ord. L. 4° no § 2° do T. 5°—*Do comprador que não pagou o preço ao tempo que deveu, etc.*—, concedia nos §§ 1° e 2° ao vendedor tomar á si a cousa vendida, faltando-lhe o comprador ao pagamento devido; havendo-a do poder do mesmo comprador, ou do de outra pessoa, onde se-achasse. Foi somente esse direito de resolução da venda, e immediata reivindicação da cousa vendida, que na Ord. L. 4° T. 5° § 2° ficou derogado; promulgando-se o Alv. de 4 de Setembro de 1810, com esta determinação, que: « Fiando o vendedor o preço, seja ou não por prazo certo, tenha somente a acção pessoal para pedil-o, e não possa havêr a cousa vendida porque lhe não fosse paga no tempo aprazado; devendo entendêr-se, que a concessão de espaço, para o pagamento somente, outra convenção não importa mais, do que não podêr pedir-lhe o preço antes delle findar-se. »

« E bem se-vê, que no deixar livre ao vendedor a acção pessoal de credor pela cobrança do debito da compra não se-pode têr, que o-tivesse destituido da essencial garantia de sua cobrança no producto do proprio objecto vendido, quando alienado extrajudicial ou judicialmente em qualquer das hypotheses da Ord. L. 4° T. 6° princ., e §§ seguintes, e da Lei de 25 de Agosto de 1774 § 11.

« E tanto é que, verificada a tradição reciproca entre o vendedor e o comprador, de uma parte pela entrega da propria cousa vendida, e da outra parte entregando um credito do valôr ajustado, não é moral e juridicamente possivel ter-se, que este credito substitutivo do dinheiro, que o vendedor deveria immediatamente recebêr ao entregar a cousa vendida, seja menos seguro nella para se-realisar sua solução, do que o que al tivesse passado o mesmo comprador á um terceiro, que para esse fim igual quantia lhe-tivesse emprestado.

« Na Lei de 30 de Agosto de 1833 a hypotheca legal inherente á cousa comprada á credito, emquanto não soluta, foi mesmo em tal gráo considerada, que mereceu ser combinada com a razão do interesse publico em geral da integridade das fabricas de mineração e de assucar, consagrada e definida nos seus 1º e 2º Arts., permittindo no 3º, que nesse caso fosse renunciada assim: « O beneficio do Art. antecedente póde ser renunciado por convenção especial entre o devedôr, e o credor, *sendo a divida daquellas que envolvem hypotheca legal.* »

« Mesmo as escripturas de venda e compra, em que o seu preço não é pago á vista, parcialmente, ou no todo, costumão-se dizêr de *venda e compra, paga e quitação, debito e obrigação com hypotheca, ou de venda e compra, debito e obrigação com hypotheca*: e, se assim se não diz expressamente, fica implicitamente dito nas palavras finaes, quando as partes declarão obrigar-se por suas pessoas e bens ao cumprimento do que fica estipulado; o que de certo se não deve resolvêr em ficar livremente transmissivel do comprador a propriedade comprada antes de ser pago ao vendedor o debito essencial de sua compra.

« Entretanto parece, que jámais isso se-poderia têr por duvidoso á vista do Art. 621 do Regul. n. 737 nas palavras —pertencem á classe dos credores privilegiados os vendedores dos mesmos predios ainda não pagos do preço da venda. »

A hypotheca privilegiada em prol do vendedor pelo preço não pago só acha apoio na identidade de razão do § 41 da Lei de 20 de Junho de 1774, como tenho reconhecido na Not. da 1.ª Edição. Não se-póde negar, que ha analogia entre quem empresta dinheiro para compra de predios rusticos e urbanos, e quem os-vende á fé de preço. No primeiro caso ha *mutuo directo*, e no segundo ha *mutuo occasional*. Fóra dessa analogia, não ha razão, ou argumento, que possa sustentar tal hypotheca. A Ord. L. 4º T. 5º § 2º deu somente ao vendedor o direito implicito de resolvêr a venda sem dependencia de estipulação de pacto commissorio, o que foi derogado pelo Alv. de 4 de Setembro de 1810, porém não lhe deu hypotheca tacita sobre a cousa vendida. No silencio do contracto é menos razoavel entendêr, que as partes virtualmente estipulárão hypotheca, do que entendêr o contrario; uma vêz que o vendedor confiou na obrigação pessoal do comprador, e só assim se-póde suppôr não havendo estipulação expressa de hypotheca. Não é concludente a argumentação deduzida do

§ 4.º Sobre as Fabricas, e respectivos instrumentos, o credôr, que as-auxiliou, e promoveu com seu dinheiro, ou concorreu com emprestimos para compra dellas (9):

§ 5.º Os proprietarios de predios rusticos, para havêrem as rendas de seus arrendatarios (10):

Art. 3º da Lei de 30 de Agosto de 1833, porque a divida póde envolvêr hypotheca legal por varias causas.

É necessario (Lobão Execuç. § 580) para preferencia do vendedôr—*habita fide de pretio*—: 1º, ou que a venda seja feita com reserva do dominio do vendedôr até plena satisfação do preço, 2º, ou com reserva de especial hypotheca sobre a cousa vendida.

Admira, que o Sr. Rebouças argumente com o Art. 621 do Regul. n. 737, quando á cada passo mostra-se adverso á legislação regulamentar, e ás decisões do Poder Executivo. Em meu entendêr o cit. Regul. foi além dos limites de uma lei regulamentar, que não póde introduzir direito novo. Em materia de hypothecas o interesse de terceiros é consideração de primeira ordem. Felizmente a novissima Lei Hypothecaria não dá ao vendedôr alguma hypotheca tacita pelo preço não pago, pois que nos termos de seu Art. 1º não ha outras hypothecas senão as que ella estabelece.

3.ª ED.

Av. n. 71 de 13 de Fevereiro de 1867—Obrigações provenientes de compras de terras não constituem hypotheca legal á vista do Alv. de 4 de Setembro de 1810, e do Art. 4º § 6º da Lei de 24 de Setembro de 1864.

O Sr. Rebouças, Observ. pags. 147 á 152, insiste nos argumentos, á que respondi na 2.ª Ed. E' tempo perdido redarguir-lhe, reconhecendo elle á final, que pela Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e seu Regul., os vendedôres de immoveis não tem hypotheca sobre elles sem expressamente a-estipularem, e inscrevêrem.

(9) Alv. de 5 de Outubro de 1792.

É mais um caso de privilegio, e não de hypotheca, nos termos da novissima Lei Hypothecaria.

(10) Lei de 20 de Junho de 1774 § 38.

Cabe aqui a mesma observação addicional da Nota antecedente.

§ 6.° Os senhóres directos, para havêrem os fóros de seus emphyteutas (11):

§ 7.° Os proprietarios de predios urbanos sobre os moveis nelles existentes, para cobrança dos alugueres (12): (Art. 674)

§ 8.° A molhér pelo seu dote, quando consistir em bens, que se-dérão estimados ao marido (13): (Art. 123)

---

(11) Lei de 20 de Junho de 1774 § 38. Os laudemios não constituem onus real—Decr. n. 656 de 5 de Dezembro de 1849.

Tambem cabe aqui a mesma observação addicional da Nôt. ao § 4°.

(12) Ord. L. 4° T. 23 § 3°, Lei de 20 de Junho de 1774 § 38. O § 2° do Alv. de 24 de Julho de 1793, que limitou esta hypotheca aos moveis introduzidos na casa para uso e commodidade da habitação *(mobilia)*, exceptuando os generos de commercio, é somente relativo ao concurso da fallencia commercial, e se-acha substituido pelo Art. 877 § 1° do Cod. Commerc.

Pela novissima Lei Hypothecaria este caso tambem é de privilegio, e não de hypotheca; tanto mais porque bens moveis, como mobilia, ou trastes, não são susceptiveis de hypotheca.

(13) Lei de 20 de Junho de 1774 § 40. Os bens dotaes, pelos quaes o Art. 874 § 6° do Cod. do Com. classifica a molhér casada como credôra de dominio, são os *inestimados*, e não os *estimados* deste §, que se-suppõe vendidos ao marido.

Pela novissima Lei hypothecaria este é um dos casos de hypotheca legal. Diz seu Art. 3° § 1°: « Esta hypotheca compete á molhér casada sobre os immoveis do marido: 1°, pelo dote; 2°, pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão; 3°, pelos bens provenientes de herança, legado, ou doação, que lhe-aconteção na constancia do matrimonio, se estes bens fôrem deixados com a clausula de não sêrem communicados. »

Accrescenta o § 9° desse Art.: « Os dótes, ou contractos antenupciaes, não valem contra terceiro:

« Sem escriptura publica,

« Sem expressa exclusão da communhão,

« Sem estimação,

« Sem insinuação nos casos, em que a Lei a-exige. »

Daqui resulta uma grave duvida, porque, dizendo-se que *sem estimação* não valem contra terceiros os dotes, ou con-

§ 9.° Todos os mais credôres, que por identidade de razão se-acharem comprehendidos no espirito dos §§ antecedentes (14):

---

tractos antenupciaes, parece não sêr possivel constituir-se dotes *inestimados*; e portanto não havêr mais caso algum, em que a molhér casada tenha acção para reivindicar os bens de seu dote; ou ponha embargos de terceiro senhôr e possuidôr, se os bens de seu dote fôrem penhorados por credôres de seu marido, e se-apresente na fallencia deste como credôra de dominio, segundo o disposto no Art. 874 n. 6° do Cod. do Com. Repugna suppôr, que tal fosse a mente do Art. 3° § 9° da novissima Lei Hypothecaria; assim como repugna entendêr, que o Cod. do Com. só admitta a molhér ao concurso da fallencia de seu marido como credôra de dominio, visto sêr omisso sobre o caso do *dote estimado* (que é o da novissima Lei, e do § 40 da Lei de 20 de Junho de 1774), ou o da hypotheca legal da molhér casada para cobrança de seu dote. Não se-póde tolhêr á molhér em seu contracto antenupcial reservar para si o dominio de seus bens (os não fungiveis), não vejo para isso alguma razão; e, se me engano, resultará então, que está revogado o Art. 874 n. 6° do Cod. do Com.

As hypothecas legaes das molhéres casadas não dependem de especialisação—Art. 3° § 10 da citada Lei.

São geraes, comprehensivas dos immoveis presentes e futuros, salvo se fôrem especialisadas, determinando-se o valôr da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos—Art. 3° § 11 da cit. Lei.

3.ª ED.

Não rejeito as observações do Sr. Rebouças (pags. 152 á 155) sobre os direitos da molhér casada em relação ao seu *dote inestimado* como credôra dominical, mas é impossivel negar, que a Lei de 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 9°, com as suas palavras—*sem estimação*—, vêio perturbar a bôa hermeneutica. Comigo está de accôrdo o Livro dos Dir. de Fam., como póde-se vêr na Not. ao Art. 123 *supra*.

(14) Lei de 20 de Junho de 1774 § 41.

Está revogada esta disposição, e não ha hoje outras hypothecas legaes senão as da novissima Lei Hypothecaria.

Estará porém em vigôr o § 41 da Lei de 20 de Junho de 1774, para que os Juizes admittão privilegios por identidade

§ 10.° A Fazenda Publica, para cobrança da decima urbana, sobre o predio, e seu rendimento (15):

---

de razão, uma vez que não offendão as hypothecas? A novissima Lei nada diz.

3.ª ED.

« A Lei de 24 de Setembro de 1864 (Rebouças Observ. pags. 155 e 156) é de reforma da legislação hypothecaria, estabelecendo as bases das sociedades de credito real; e, assim, o que por ella não se-acha expressamente derogado, deve continuar em seu vigôr, conforme as disposições da Lei de 20 de Junho de 1774, dêsde o seu § 34, com as dos Alvarás concernentes, do Cod. do Com. Arts. 874 e segs., e do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 dêsde o Art. 619, principalmente em quanto aos titulos de dominio e privilegiados, tratando-se de sua classificação em algum processo de fallencia, e de os-graduar entre credôres por execuções em concurso de preferencia ou rateio. »

E' aceitavel esta observação do Sr. Rebouças, de accôrdo como está com as regras de interpretação das leis posteriôres com as anteriôres; porém ninguem poderá lisongear-se, no labyrintho em que acha-se esta materia, de têr sobre ella noções claras, e bem distribuidas. De todas as partes da nossa legislação é actualmente a mais escura, e complicada.

(15) Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 21 § 2°.

O Art. 6° § 4° da novissima Lei Hypothecaria diz: « Ficão salvos, independentemente de transcripção e inscripção, e considerados como *onus reaes*, a decima, e outros impostos respectivos nos immoveis. »

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 8° § 1°—Sendo os bens immoveis, o imposto de transmissão de propriedade constitúe *onus real* (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art 6° § 4°).

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 27 § 1° —Repete a disposição á cima do de 1869 Art. 8° § 1°

§ 11.° O credôr de alimentos na hypothese do Art. 236, ou os bens onerados estejão em podêr dos parentes, ou possuidos por qualquer estranho (16):

§ 12.° Os filhos sobre as terças do pai, e mãi, até onde estas chegarem, para inteirar-se dos dotes promettidos, e de outras doações, como está dispôsto no Art. 1201 (17).

Art. 1271. A hypotheca legal privilegiada prefere á hypotheca legal simples, e á hypotheca convencional, ainda que estas sejão anteriôres (18).

---

(16) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 8° *in fin.*

O Art. 6° da novissima Lei Hypothecaria tambem contempla entre os onus reaés (suas palavras)—o legado de prestações ou alimentos expressamente consignados no immovel—, o que não é mais do que um onus hypothecario. Note-se, que este chamado onus real, da mesma maneira que os outros onus reaes do Art. 6°, quando constituidos por disposição de ultima vontade, não depende de transcripção, para que possa sêr oppôsto aos credôres hypothecarios. Certamente foi este o sentido da novissima Lei, como resulta da combinação dos §§ 2° e 5° de seu Art. 6°, e da disposição de seu Art. 8°.

(17) Ord. L. 4° T. 97 § 3°.

Pela novissima Lei Hypothecaria tem cessado este caso de hypotheca legal, uma vêz que o Art. 3° dessa Lei não o-contempla, e o Art. 1° não admitte outras hypothecas além das contempladas.

(18) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 34 á 41, que são excepções da regra geral da prioridade das hypothecas, estabelecida no § 31.—Declarações finaes em cada um dos mencionados §§ 34 á 41.—Alv. de 24 de Julho de 1793 § 1°—*por serem tão privilegiados, que preferem á minha Real Fazenda, quanto mais aos outros credôres concurrentes*—.

A materia do texto está hoje substituida pelas seguintes disposições da novissima Lei Hypothecaria:—As hypothecas legaes, ou convencionaes (Art. 2° § 9°) somente se-regulão pela prioridade. Esta é determinada pela data, ou pela inscripção, nos termos estabelecidos por esta Lei.—As hypothecas legaes especialisadas (Art. 9°), assim como as convencionaes, somente valem contra terceiros desde a data da in-

Art. 1272. Tem hypotheca legal simples (19):

scripção. Todavia as hypòthecas legaes não especialisadas das molhéres casadas, menores, e interdictos, serão inscriptas, posto que sem inscripção valhão contra terceiros—.

Segue-se pois, (tendo cessado a differença entre hypotheca legal privilegiada, e hypotheca legal simples), que as hypothecas legaes preferem entre si pela sua prioridade, como está escripto no nosso Art. 1273, e que tambem pela prioridade preférem ás convencionaes. Está consequentemente revogado o nosso texto na parte, em que diz, que a hypotheca legal prefere á convencional, ainda que esta seja anteriôr. Por outra, a novissima Lei Hypothecaria fica de accôrdo com o nosso Art. 1274, quando diz, que as hypothecas legaes preferem ás hypothecas convencionaes posteriôres; de onde resulta, que não preferem ás hypothecas convencionaes anteriôres.

A 2ª parte do Art. 9º da novissima Lei não quer dizêr, que as hypothecas legaes não especialisadas, das molhéres casadas, menores, e interdictos, e não inscriptas, tenhão sempre preferençia ás outras hypothecas legaes, e ás convencionaes inscriptas. Quer dizêr, que ellas tem preferencia, se a sua data, isto é, a data do facto, que as-produz, fôr anteriôr á data da inscripção, ou do registro, das outras hypothecas; mas que não a-tem, quando sua data fôr posteriôr.

3.ª ED

(19) *Hypotheca legal*, como prevenio-se ao Art. 1268 Not. 2 *supra*, quer dizêr—*hypotheca legal simples*—, porque não ha mais—*hypotheca legal privilegiada*—. Os casos unicos de *hypotheca legal* são os estatuidos no Art. 3º da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e no Art. 110 § 1º do Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865.

Av. de 7 de Novembro de 1866—Sobre a inscripção dos bens dos pais, tutôres, e curadôres, para hypotheca dos *menores* e *interdictos*.

Av. n. 319 de 18 de Agosto de 1868—Quando o pai não tem bens de raiz, para garantir as legitimas dos filhos menores, deve ainda assim procedêr á inscripção de sua hypotheca no tempo, e pelo modo, estatuido na Lei e Regul.

§ 1.º **A Fazenda Publica** sobre os bens de seus Thesoureiros, Collectôres, Administradôres, Recebedôres, e mais Empregados obrigados á dar contas (20):

(20) Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º §§ 14 e 15, e Lei novissima hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 Art. 3º § 5º. Note-se, que esta ultima Lei contempla a Fazenda Publica geral, Provincial, e Municipal, dando-lhes hypotheca legal sobre os immoveis de seus Thesoureiros, Collectôres, Administradôres, Exactôres, Prepostos, Rendeiros, Contractadôres, e Fiadôres. Os bens moveis desses responsaveis não ficão hypothecados.

« A inscripção (Art. 9º § 20 da cit. Lei) das hypothecas dos responsaveis da Fazenda Publica incumbe aos Empregados, que fôrem designados pelo Ministerio da Fazenda, e deve tambem sêr requerida pelos mesmos responsaveis. »

Pela omissão da inscripção (Art. 9º § 22 da cit. Lei) os responsaveis da Fazenda Publica ficão sujeitos ás penas de estellionato, verificada a fraude.

3.ª ED.

Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Art. 159 § 2º—A especialisação da hypotheca legal da Fazenda Publica deve sêr requerida pelo Empregado designado pelo Ministerio da Fazenda etc.

Av. n. 402 de 12 de Setembro do mesmo anno—Declara os Procuradôres dos Feitos da Fazenda, e seus Agentes, para requerêrem a especialisação da *hypotheca legal da Fazenda Publica Geral*.

Av. n. 503 de 21 de Novembro de 1866—Reprova a declaração—*sem estipulação de juros*—, que fazem alguns dos Officiaes do registro das hypothecas, por occasião de procedêrem á inscripção dos bens immoveis dos responsaveis á Fazenda Nacional.

Av. n. 556 de 20 de Dezembro de 1866—Os assignantes das Alfandegas não estão comprehendidos no Art. 3º § 5º da Lei Hypothecaria, e como deve sêr garantida a caução dos mesmos.

Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867—A Lei de 24 de Setembro de 1864 Art. 3º § 6º, e o Regul. respectivo Art. 110 § 1º, não obrigão os Thesoureiros das Corporações de mão-morta á prestar fiança. Vid. Not. 1 ao Art. 776 *supra*.

§ 2.° A mesma Fazenda sobre os bens dos Contractadôres, ou Arrematantes, das rendas publicas, e seus fiadôres (21) :

§ 3.° A mesma Fazenda para pagamento de suas dividas em geral, e dos impostos (22) :

Av. n. 217 de 17 de Junho de 1868 —Permittindo á um Administradôr de Mesa de Rendas entrar em exercicio antes de especialisar a hypotheca etc.

Sobre as fianças em garantia da Fazenda Nacional, veja-se mais toda a legislação citada ao § 2° deste Art. 1272 Not. 21.

(21) Ords. da Faz. Cap. 156, Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° §§ 14 e 15, e Lei de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 5°.

3.ª ED.

Av. n. 143 de 5 de Abril de 1866 —Rejeita o fiadôr offerecido pelo Secretario da Caixa da Estrada de Ferro, por sêr possuidôr de bens emphyteuticos, mas em commum; caso, em que não se-pode verificar a hypotheca legal.

Av. n. 164 de 23 de Abril de 1866 —A fiança dos Thesoureiros das Thesourarias deve sêr tomada de conformidade com as disposições da Lei Hypothecaria, e seu Regulamento.

Av. n. 243 de 28 de Junho de 1866 —Sobre um processo de fiança, em que se-omittio a especialisação da hypotheca legal.

Vid. mais, Av. n. 277 de 28 de Julho de 1866, n. 390 de 22 de Setembro do mesmo anno, n. 476 de 5 de Novembro do mesmo anno, n. 130 de 28 de Março de 1867, n. 373 de 28 de Outubro do mesmo anno, n. 187 de 4 de Julho de 1870, n. 235 de 8 de Agosto do mesmo anno, n. 55 de 10 de Fevereiro de 1871, n. 368 de 7 de Novembro do mesmo anno, n. 279 de 15 de Novembro do mesmo anno, n. 52 de 26 de Fevereiro de 1872, e n. 386 de 16 de Outubro do mesmo anno.

Vid. o Av. n. 164 de 18 de Junho de 1870, cit. *infra* ao Art. 1306 Not. 60.

(22) Regim. dos Contos de 1627 Cap. 83, Ord. L. 2° T. 52 § 5°, Decr. n. 656 de 5 de Dezembro de 1849.

Fóra dos casos contemplados no Art. 3° § 5° da cit. Lei Hypothecaria de 1864 como de hypotheca legal, e no

§ 4.° O Estado, e as partes offendidas, ou seus herdeiros (Art. 810), sobre os bens dos delinquentes, desde o momento do crime; para satisfação do damno, que deste resultar (23) :

§ 5.° Tambem o Estado sobre os bens dos delinquentes para cobrança das multas, em que fôrem condemnados. A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas (24) ;

Art. 6° § 4° como onus reaes, ficou sem applicação o que se-dispõe no texto sobre a hypotheca legal da Fazenda Publica.

3.ª ED.

Av. n. 58 de 11 de Fevereiro de 1870 —Os filhos de um colono, que falleceu devendo á Fazenda Publica, e com seus bens á ella hypothecados, tem direito á esses bens como seus herdeiros necessarios, subsistindo porém o onus da hypotheca.

(23) Cod. Crim. Arts. 27 e 29.

Confere com a novissima Lei Hypothecaria:—Compete hypotheca legal (Art. 3° § 7° desta Lei) ao Estado, e aos offendidos ou seus herdeiros, sobre os immoveis do criminoso. A inscripção (Art. 9° § 15 da cit. Lei) da hypotheca do criminoso póde sêr requerida pelo offendido, e incumbe ao Promotôr Publico, ao Escrivão, ao Juiz do processo e execução, e ao Juiz de Direito em correição. Esta hypotheca deve sêr especialisada—Art. 3° § 10 da cit. Lei.

3.ª ED.

Av. n. 580 de 6 de Dezembro de 1869—Não derogou-se a hypotheca estabelecida pela Lei Criminal.

(24) Cod. Crim. Art. 30. São as multas de condemnações penaes, de que trata o Art. 55 do mesmo Cod., e não as disciplinares dos Arts. 286 e 326 do Cod. do Proc. Crim., applicadas para as despêzas das Camaras Municipaes.

Tem cessado esta hypotheca legal, já que não está contemplada na novissima Lei Hypothecaria, mas por essa mesma Lei accrescem outros casos de hypotheca legal, á sabêr :

Da molhér casada sobre os immoveis do marido por bens provenientes de herança, legado, ou doação, na constancia do matrimonio, se taes bens lhe fôrem deixados com a clausula de não sêrem communicados (Art. 3° § 1°) :

§ 6.° Os credôres com sentença passada em julgado sobre os bens do devedôr condemnado (25). (Art. 1278)

Dos menores, e interdictos sobre os immoveis de seus tutôres, ou curadôres *(Art. 3° § 2°)*:

Dos filhos menores sobre os immoveis de seu pai, que administrou os bens maternos, ou adventicios *(Art. 3° § 3°)*:

Dos filhos menores do 1° matrimonio sobre os immoveis de seu pai, ou mãi, que passa á segundas nupcias, tendo herdado de algum filho daquelle matrimonio *(Art. 3° § 4°)*:

Das Igrejas, Mosteiros, Misericordias, e Corporações de mão-morta sobre os immoveis de seus thesoureiros, prepostos, procuradôres, e syndicos *(Art. 3° § 6°)*:

Dos co-herdeiros pela garantia de seus quinhões, ou tornas de partilhas, sobre os immoveis da herança adjudicados ao herdeiro reponente *(Art. 3° § 8°)*.

Alguns destes casos já erão contemplados por nossos Praxistas, como se-póde vêr em Per. e Souz. Linh. Civ. § 468, e Lobão Exec. §§ 567 e seguintes, em ampliação dos casos previstos na Lei de 20 de Junho da 1774.

« Ás hypothecas legaes (Art. 9° § 27 da cit. Lei) sujeitas á especialisação, e inscripção, será concedido um prazo razoavel, que não excederá de trinta dias, para verificação dos actos, o qual correrá da data do titulo de hypotheca. Dentro do prazo marcado não serão inscriptas outras hypothecas do mesmo devedôr. Para esse fim as referidas hypothecas serão prenotadas em livro especial. »

(25) Ord. L. 4° T. 84 § 14.

« Não se-considera derogado por esta Lei (Art. 3° § 12 da novissima Lèi Hypothecaria) o direito, que ao exequente compete de executar a sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado ; mas, para sêr oppôsto á terceiros conforme valêr, depende de inscripção. »

« Á hypotheca judicial (Art. 9° § 27 da cit. Lei) será concedido um prazo razoavel, que não excederá de trinta dias, para verificação dos actos, o qual correrá da data do titulo da hypotheca. »

« A Ord. citada (Rebouças Observ. á este Art.) não exige, que a sentença tenha passado em cousa julgada, quando, porisso mesmo que ainda não chegada ao gráo de cousa julgada, é que acautela a effectividade do direito do vencedôr, sujeitando-lhe á hypotheca judicial os bens do vencido, que os-

Art. 1273. As hypothecas legaes preferem entre si pela sua prioridade (26).

Art. 1274. Preferem outrosim ás hypothecas convencionaes posteriôres, mas os effeitos destas só começaráõ á existir da data do registro em conformidade do Art. 1283 (27).

---

tenha de raiz, desde que é contra este proferida sentença condemnatoria no Juizo da 1ª Instancia. »

« Quando existião as Ouvidorias do Civel d'ante as Relações, suas sentenças, se não erão embargadas ao transito da Chancellaria, ou embargadas, vinhão á ser desembargadas, ficavão sendo logo exequiveis, ainda que se-tivesse dellas interposto o recurso de aggravo ordinario (actualmente de appellação ex-vi do Art. 15 da Disps. Provis.), não tendo os condemnados recorrentes bens de raiz, nem prestando fiança; e suspensas por seis mêzes, tendo o condemnado bens de raiz, ou caucionando e apresentando certidão de ter pago a competente gabella, e achar-se o interpôsto e seguido recurso perante o Superiôr Tribunal *ad quem*. »

« Nem mesmo em concurso com a Fazenda Nacional exige-se, que a sentença condemnatoria seja cousa julgada, se não que tenha sido proferida, como se-vê da Lei de 22 de Dezembro de 1761 Tit. 3° § 14. »

Ficaria eu de perfeito accôrdo com esta censura, se, em vêz de dizêr no têxto—*credores com sentença passada em julgado*—, dissesse—*credores com sentença exequivel*.—Não faço porém esta alteração, porque a sentença exequivel é sentença passada em julgado, embora pendão recursos, que não suspendem a execução, como embargos recebidos em auto apartado, appellação recebida somente no effeito devolutivo, e interposição de revista. Assim entende Pereir. e Souz Linh. Civ. § 281 n. 5, e § 282 n. 6, e Not. 583. Tal é o caso do § 14 da Ord. L. 3° T. 84, que suppõe a sentença passada pela Chancellaria, mas pendente de aggravo ordinario.

(26 Lei de 20 de Junho de 1774 § 31.

Tal é a regra da novissim Lei Hypothecaria no Art. 2° § 9°, declarando, que as hypothecas legaes somente se-regulão pela prioridade, sendo esta determinada, conforme os casos, pela data, ou pela inscripção.

(27) Cit. Lei §§ 31, e 32, e Regul. de 14 de Novembro de 1846 Arts 13, e 14.

Art. 1275. Exceptua-se a hypotheca legal da Fazenda Publica, que prefere ás hypothecas geraes, ainda que anteriôres sejão (28).

Tambem está de accôrdo com a novissima Lei Hypothecaria no citado Art. 2° § 9°, e no Art. 9°, onde se-declara, que as hypothecas convencionaes somente valem contra terceiros desde a data da inscripção.

(28) Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 15.

Não temos hoje outras *hypothecas geraes* senão as legaes das molhéres casadas, dos menores, e dos interdictos (Art. 3° §§ 10 e 11 da novissima Lei Hypothecaria); e á excepção dellas nenhuma hypotheca tem preferencia, senão quando é *especial*, ou *especialisada* (Art. 2° § 10 da cit. Lei). Ora, quanto á essas hypothecas geraes a disposição do nosso têxto está revogada. O Art. 3° § 10 da cit. Lei manda, que seja especialisada a hypotheca legal da Fazenda Publica, de que falla no § 5°; o Art. 9° declara, que as hypothecas legaes especialisadas só valem contra terceiros desde a data da inscripção; o Art. 2° § 9° determina, que as hypothecas legaes, ou convencionaes, sejão reguladas pela prioridade. Logo, se as hypothecas geraes das molhéres casadas, dos menores, e dos interdictos, fôrem anteriôres á hypotheca legal da Fazenda Publica, preferem á esta.

As hypothecas geraes da legislação anteriôr á Lei novissima hypothecaria erão comprehensivas de bens moveis e immoveis, e assim se-tem entendido em varios arestos o Art. 265 do Cod. do Com.; entretanto que as hypothecas geraes da novissima Lei só comprehendem os immoveis, e os bens moveis como accessorios destes. « Só podem sêr objecto de hypotheca (Art. 2° § 1° da cit. Lei) os immoveis, os accessorios dos immoveis com os mesmos immoveis, os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agricolas especificados no contracto e com as mesmas propriedades, o dominio directo dos bens emphyteuticos, e o dominio util dos mesmos bens independente de licença do senhorio. São accessorios dos immoveis agricolas (Art. 2° § 2° da cit. Lei) os instrumentos da lavoura, e os utensilios das fabricas respectivas, adherentes ao sólo. O preço (Art. 2° § 3° da cit. Lei), que no caso de sinistro fôr devido pelo segurador ao segurado, não sendo applicado á reparação, fica subrogado ao immovel hy-

Art. 1276. As hypothecas especiaes, para preferirem á Fazenda Publica, devem sêr anteriôres aos contractos dos arrematantes das rendas, e ás nomeações dos Thesoureiros, e mais Empregados responsaveis (29). (Art. 1297)

Art. 1277. Estão no mesmo caso as sentenças, vendas, doações, dotes, legados, e alienações, que não tem preferencia á Fazenda Publica sem a condição do Art. antecedente (30). (Art. 1297)

---

pothecado. Esta disposição é applicavel á desapropriação por necessidade ou utilidade publica, assim como á indemnisação pela qual fôr responsavel algum terceiro em razão da perda, ou deterioração. »

(29) Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° §§ 14 e 15.

Da combinação do Art. 2° § 9°, Art. 3° § 10, e Art. 9°, da novissima Lei Hypothecaria resulta a modificação do texto *supra*. A preferencia da Fazenda Publica decide-se pela prioridade da inscripção de sua hypotheca legal, e não pelas datas dos contractos dos arrematantes de rendas, e das nomeações dos Thesoureiros, e mais empregados responsaveis.

(30) Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 15. Quanto á exclusão das sentenças de preceito fundadas na confissão das partes, o § 14 desta Lei ficou sem vigôr pela Lei de 20 de Junho de 1774, que só excluio as sentenças de preceito em relação á credores chirographarios. E mesmo quanto á esses credores chirographarios, o § 3° do Alv. de 15 de Maio de 1776 fez a declaração, que se-póde vêr nos Arts. 835 e 836. Esse Alvará não diz respeito aos credôres hypothecarios, cujos direitos de preferencia estavão já garantidos pela Lei de 20 de Junho de 1774.

Eis o que observa o Sr. Rebouças á esta Nota :

« A Lei de 20 de Junho de 1774 diz no § 30 :

« Ampliando a minha Lei de 22 de Dezembro de 1761 Tit. 3° § 73, *pelo que respeita somente ás execuções dos particulares*, ordeno, se observe o seguinte : »

« Ora, o § 13 do Tit. 3° da Lei de 22 de Dezembro de 1761 tinha dito, que « ainda entre os credôres particulares prefirão os que tivêrem hypothecas especiaes anteriôres, provadas por escripturas publicas, e não de outra sorte, nem por outra maneira alguma, qualquer que ella seja. E que *á respeito da*

Art. 1278. A hypotheca legal dos credôres com sentença exequivel contra seu devedôr, nos termos do Art. 1272 § 6°, opéra somente o effeito do direito real nos bens do condemnado, mas não dá preferencia em concurso de credôres hypothecarios (31).

---

minha real Fazenda se-proceda na fórma abaixo declarada. »

« Por conseguinte, a Lei de 20 de Junho de 1774, como se tem feito vêr do seu § 30, confirmou á respeito da Fazenda Publica o que estava determinado no § 13 do T. 3° da Lei de 22 de Dezembro de 1761; e dispôz nos §§ 31 e segs. á respeito somente das execuções dos particulares. »

« Por conseguinte, pela Lei de 20 de Junho de 1774 foi confirmado o § 14 comprehendido na disposição do § 13 do T. 3° da Lei de 22 de Dezembro de 1761, e assim muito evidentemente contra a disposição do § 13 do T. 3° da mesma Lei de 22 de Dezembro de 1761, e do § 30 da Lei de 20 de Junho de 1774 diz a Not. 1 ao Art. 1277 da *Consolidação das Leis Civis*, que o § 14 do T. 3° da Lei de 22 de Dezembro de 1761 *ficou sem vigôr pela Lei de 20 de Junho de 1774.* »

A novisssma Lei Hypothecaria, como se-tem observado na Not. ao Art. antecedente, tambem modificou este Art. 1277. A hypotheca da Fazenda Publica só tem preferencia, e prejudica á terceiros, desde a data da sua inscripção.

(31) Ord. L. 3° T. 84 § 14. Só em concurso de credôres hypothecarios não dá preferencia, ao contrario em concurso de credôres chirographicos nos termos do Art. 835 § 3°. Vid. Not. á esse §. Se já vimos (Not. ao Art. 834), que pela nossa lei o direito de preferencia póde existir, sem que haja hypotheca; vemos agora a hypotheca só com um de seus effeitos, isto é, sem preferencia, e só com o direito de sequela.

Parece, que a novissima Lei Hypothecaria não tem alterado ou modificado a disposição do texto, deixando esta hypotheca legal, que denomina hypotheca judicial no Art. 9° § 27, com o mesmo valôr, que até agora se-lhe-tem attribuido. E' o que infere-se das palavras do Art. 3° § 12 *ibi*—mas póde sêr opposto á terceiros conforme valêr.

« Onde é (Rebouças Observ. á esta Not.), que o Autôr descobrio as distincções, de que a-compõe, isto é, que a hypotheca judicial resultante da sentença condemnatoria confere

á acção real hypothecaria o direito de sequela, e não a preferencia entre credores hypothecarios; confere a preferencia entre credôres chirographarios, mas não entre credôres hypothecarios? »

« O abuso, senão absurdo, das distincções expostas manifesta-se melhor, considerando-o praticamente, porquanto:

« Supponha-se, que um credor tem sentença condemnatoria com hypotheca judicial nos bens do seu devedor; e que este devedor, que tem os bens judicialmente hypothecados ao seu credor por sentença condemnatoria, passa á fazêr uma escriptura de hypotheca convencional á um terceiro, quemquer que elle seja: ficará nulla a hypotheca judicial para com esse novo credôr de hypotheca convencional? E, em consequencia, inteiramente nulla, e como se nunca existisse, a hypotheca judicial nos mesmos bens? Eis uma consequencia das distincções da Nota. »

« Outra:

« O credor pela sentença, que constitue hypotheca judicial nos bens do devedôr condemnado, penhora-os no podêr de um terceiro, que os-tenha adquirido, e os-sujeita á execução e arrematação, se esse terceiro, possuidor delles, não paga a divida judicialmente hypothecaria para os conservar livres. »

« A penhora nesse caso segue-se a arrematação. Mas eis que vem um credôr de hypotheca convencional, e sobre o dinheiro da arrematação exclúe o credôr da execução por sentença com hypotheca judicial. Que vem pois á sêr o direito real, ou de sequela, que a Nota concede á hypotheca judicial? »

« Outra consequencia das distincções da Nota:

« O credôr da hypotheca judicial, excutidos os bens do seu devedor condemnado, demanda ao possuidôr dos bens judicialmente hypothecados pela acção real e hypothecaria ex-Ord. L. 4° T. 3°, e o-vence. »

« Mas, posta em execução a sentença proferida sôbre a acção real e hypothecaria, se-apresenta um novo credor por escriptura de hypotheca convencional, e *ipso facto* exclúe ao exequente vencedor da acção real e hypothecaria: que vem, pois, á ser o direito real, ou de sequela, que a Nota concede ás hypothecas judiciaes? »

« Que o credor pela sentença condemnatoria tem hypotheca judicial nos bens do devedôr condemnado, conforme a Ord. L. 3° T. 84 § 14, reconhece o proprio Autor da Nota. »

« Que tem por ella preferencia até em concurso com a Fazenda Publica, se-vê da Lei de 22 de Dezembro de 1761 no T. 3° § 14, assim : « Achando-se os taes *preferentes* em algum dos dois casos... segundo o de têrem *sentenças* tambem *anteriôres*, alcançadas contra os sobreditos. »

« Como, porém, convertêr-se o que assim é tão positivo nesta *sequela sem sequela*, ou fallazmente consequente? »

« Pelo que respeita á referencia da Nota aos Arts. 835 e 836, já sobre o conteúdo nelles ficão expostas as adequadas observações, á ellas tambem nos-referimos. »

A resposta desta censura já se-acha na Not. ao Art. 835 § 3° *supra*. Resta somente examinar os exemplos nella produzidos.

Quanto ao primeiro exemplo, presuppõe-se a injustiça de preferir o novo credor de hypotheca convencional ao credor da hypotheca judicial. Ao contrario entendo eu, que é de justiça dar-se preferencia em tal caso ao novo credor da hypotheca convencional, se elle a-contractou de boa fé ; e excluil-o, se a-contractou de má fé. Que razão para dar preferencia sobre um credôr hypothecario de boa fé á um credor de hypotheca judicial por sentença, que aquelle ignorava?

Quanto ao 2° exemplo, dá-se por possivel, que o credôr da hypotheca judicial vá fazêr penhora em bens do condemnado já adquiridos por terceiro Ora, uma tal penhora não é effeito da hypotheca judicial, pois que esta não é registrada, e portanto não lhe-aproveita o disposto no Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 13 n. 2, e Art. 269 n. 2 do Cod. do Com. Uma tal penhora só fôra sustentavel como effeito da alienação em fraude da execução. E no caso de têr sido hypothecada pelo adquirente a cousa assim alienada, a hypotheca não prevaleceria pela mesma razão.

Quanto ao 3.° exemplo, a solução é a mesma, que tenho dado no caso do antecedente. Cahindo a alienação fraudulenta, cahe necessariamente a hypotheca feita pelo adquirente de má fé, embora seu credôr a-aceitasse de bôa fé.

Não sei, como se-possa refundir os dois effeitos distinctos da hypotheca em um só effeito, como se um fosse consequencia do outro, quando, sem havêr hypotheca, ha credôres á quem a nossa Lei manda dar direito de preferencia.

Certamente é uma vantagem, que o credôr com sentença exequivel contra seu devedôr possa demandar á terceiros pela acção hypothecária da Ord. L. 4° T. 3°, acção que elle não teria sem a hypotheca, que se-lhe-facultou. Por outro lado fôra manifestamente injusto, que um credôr em taes circumstancias tenha preferencia á credôres chirographarios de data anteriôr. A censura argumentou somente com o concurso entre o credor de hypotheca judicial e credores de hypotheca convencional posteriôr, e olvidou-se do concurso com credores chirographarios de data anteriôr.

Art. 1279. Constitúe-se a hypotheca convencional por escriptura publica, ou por escriptos particulares das pessoas designadas no Art. 369 §§ 5° e 6° (32). (Art. 367 § 4°)

Se a hypotheca judicial tivesse a mesma publicidade das hypothecas convencionaes (como agora deve ter pelo Art. 3° § 12 da novissima Lei Hypothecaria), prevaleceria sempre seu effeito de sequela á despeito de qualquer hypotheca convencional posteriôrmente registrada.

3.ª ED.

Não tenho duvida actualmente sobre a conformidade da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e do seu Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, com a disposição do nosso Art. 1278 á respeito da chamada *hypotheca judicial*. E' pois escusado attendêr ás insistencias do Sr. Rebouças Observ. pags. 156 á 160 no aspecto da legislação anteriôr, que considero esclarecida pela posteriôr da Reforma Hypothecaria ; e considero revogada, se-tanto quizér o Sr. Rebouças.

(32) Lei de 20 de Junho de 1774 § 33, Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 7°. Não me-referi ao § 4° do Art. 369, porque (no que respeita á hypotheca) o § 42 da Lei de 20 de Junho de 1774, que exceptuou os escriptos particulares dos commerciantes, acha-se derogado pelo Art. 265 do Cod. do Com. Em nosso Direito Commercial a hypotheca só póde provar-se por escriptura publica.

« A escriptura publica (Art. 4° § 6° da novissima Lei Hypothecaria) é da substancia da hypotheca convencional, ainda que sejão privilegiadas as pessoas que a-constituirem. »

Pela palavra—*escriptura*—deve-se entendêr—*escriptura publica*—.

Está pois revogado o nosso Art. na parte, em que faculta, que a hypotheca convencional se-constitúa por escriptos particulares das pessoas designadas no Art. 369 §§ 5° e 6°.

Mas a hypotheca convencional póde sêr constituida na Chancellaria dos Consulados, comtanto que, recahindo sobre

Art. 1280. Porém esses escriptos particulares devem sêr legalisados com três testemunhas de inteira fé, e conhecida probidade, que os-assignem com as pessoas devedôras; e devem sêr reconhecidos por Tabelliães, que os-vejão escrevêr (33). (Art. 836)

Art. 1281. Se o devedôr fôr casado, não é valida a hypotheca, que recahir sobre immoveis do casal, em que a molhér seja meeira, sem que esta assigne tambem a escriptura (34), salva a excepção do Art. 134. (Art. 120)

---

immoveis situados no paiz, o Tabellião competente do logar assista á sua celebração, e assigne com o Chancellér ou Agente Consular, sob pena de nullidade:—Convenção com a França de 26 de Abril de 1861 Art. 6°, com a Suissa de 24 de Julho de 1862 Art. 8°, com a Italia de 28 de Abril de 1863 Art. 6°, com Portugal de 27 de Agosto de 1863 Art. 11, e com a Hespanha de 9 de Fevereiro de 1863 Art. 9°. Advirto, que na Convenção com a Italia se-diz « em todos os casos, em que isso não seja contrario á legislação do paiz, onde os bens estejão situados. »

« Os contractos celebrados (Art. 4° § 4° da novissima Lei Hypothecaria) em paiz estrangeiro não produzem hypotheca sobre os bens situados no Brazil, salvo o direito estabelecido nos Tratados; ou se fôrem celebrados entre Brazileiros, ou em favôr delles, nos Consulados com as solemnidades, e condições, que esta lei prescreve. »

3.ª ED.

Av. n. 373 de 28 de Outubro de 1867—Só por escriptura publica se-póde celebrar a hypotheca convencional. Lêia-se a Consulta, á que refere-se este Av., no Additamento do Dir. Hypothec. de Furt. de Mendonça pags. 118 á 124

(33) Lei de 20 Junho de 1774 § 33.

Em vista do expôsto na Not. ao Art. antecedente está perfeitamente inutilisada a disposicão do Art. *supra*, ou do § 33 da cit. Lei de 20 de Junho de 1774, sobre a fórma dos escriptos particulares de hypotheca.

(34) Cod. do Com. Art. 267.

A novissima Lei Hypothecaria deixou intacta a disposição á cima consolidada. ou antes a-fortalece, dizendo em geral no

Art. 1282. A hypotheca de bens dotaes da molhér é nulla, ainda que a escriptura seja por ella assignada (35). (Art. 122)

Art. 1283. Para a hypotheca convencional produzir os effeitos do Art. 1269 é necessario, que seja inscripta no

---

Art. 2° § 4°, que só póde hypothecar quem póde alheiar. Se o marido não póde alheiar os immoveis communs do casal sem outorga da molhér, segue-se pois, que sem outorga della não os-póde hypothecar.

Falha entretanto esta regra no caso do Art. 781 *supra*, porquanto as molhéres podem alienar seus immoveis, mas não podem hypothecal-os por obrigações alheias.

« Isto póde ter logar (Rebouças Observ. á esta Not.) á respeito da hypotheca mercantil, de que trata o mesmo Cod.; e não em geral á respeito das hypothecas, vista a Ord. L. 4° T. 48 princ., e § 8°; segundo a qual a outorga da molhér é necessaria, ainda que no immovel ella tenha somente o usufructo, e seja o casamento por dote e arrhas. »

A Ord. L. 4° T. 48 não falla de hypothecas. Nos bens, em que o marido só tem usufructo, a molhér tambem é meeira. Quando o regime do casamento é de separacão de bens, nada mais justo, que podêr o marido alienar livremente seus bens, que não se-communicárão com a molhér.

3.ª ED.

Sobre a observação do Sr. Rebouças á este Art. 1281 attenda-se ao que já está dito aos Arts. 119 e 120 Nots. 11 e 12 *supra*.

(35) Cod. do Com. Art. 268. Sobre a hypotheca de bens emphyteuticos Vid. Not. ao Art. 155 § 2°.

Tambem a novissima Lei Hypothecaria tem fortalecido a prohibição de hypothecar os immoveis dotaes da molhér, porquanto diz no Art. 2° § 4°, que os immoveis, que não podem sêr alheados, não podem sêr hypothecados. Sendo inalienaveis os immoveis dotaes (Art. 122 Consolid.), segue-se portanto, que não podem ser hypothecados.

Registro Geral das hypothecas, e esses effeitos só começão á existir da data da inscripção (36).

Art. 1284. Preferem entre si as hypothecas convencionaes, ou sejão geraes, ou especiaes, pela prioridade de suas inscripções (37).

Art. 1285. Se fôrem especiaes sobre diversos bens, preferirá cada um dos credôres nos respectivos bens, que lhe forão especialmente hypothecados (38).

---

(36) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Arts. 5° e 14.

Confere com a novissima Lei Hypothecaria, segundo a qual (Art. 9°) as hypothecas convencionaes só valem contra terceiros desde a data da inscripção.

(37) Cit. Regul. Art. 15, combinado com os §§ 31, e 32, da Lei de 20 de Junho de 1774. A enunciação geral do Art. comprehende três das quatro hypotheses da Lei de 1774, á sabêr: —1ª—Concurso de hypothecas todas geraes, —2ª—de geraes com especiaes, —3ª—de especiaes sobre os mesmos bens—.

Confere com o cit. Art. 9° da novissima Lei Hypothecaria, porém as hypothecas convencionaes não podem sêr geraes. « A hypotheca convencional (Art. 4° da cit. Lei) deve ser especial, com quantia determinada, e sobre bens presentes. Ficão prohibidas, e de nenhum effeito, as hypothecas geraes, e sobre bens futuros. A hypotheca convencional (Art. 4° § 1° da cit. Lei) deve indicar nomeadamente o immovel, ou immoveis, em que consiste; assim como sua situação, e caracteristicos. Comprehende (Art. 4° § 2° da cit. Lei) todas as bemfeitorias, que accrescêrem ao immovel hypothecado; assim como as accessões naturaes, nas quaes se-considerão incluidas as crias nascidas das escravas hypothecadas. Quando o credito fôr indeterminado (Art. 4° § 5° da cit. Lei), a inscripção só poderá ter logar com o valor estimativo, que o credor e o devedor ajustarem expressamente. »

(38) Lei de 20 de Junho de 1774 § 31. Eis a 4ª hypothese. Está em perfeito vigôr esta disposição, e cada credor hypothecario prefere no immovel, ou immoveis, que lhe-forão especialmente hypothecados.

Art. 1286. Apparecendo duas hypothecas registradas na mesma data, prevalecerá a que tivér declarada no instrumento a hora, em que a escriptura se-lavrou (39).

Art. 1287. Se ambas houvérem sido apresentadas simultaneamente para o registro, haverá rateio entre os dois credôres concurrentes (40).

Art. 1288. Todas as hypothecas convencionaes, quer geraes, quer especiaes, deverão ser *inscriptas* no Cartorio do *Registro Geral da Comarca*, onde fôrem situados os bens hypothecados, observando-se o *Regulamento em vigor* (41).

---

(39) Av. Circ. de 26 de Setembro de 1850, declarando revogado o Art. 15 do Regul. de 14 de Novembro de 1846 pelo Art. 885 do Cod. do Com.

Está sem vigôr esta disposição. « As inscripções serão feitas (Art. 9° § 4° da novissima Lei Hypothecaria) pela ordem, em que fôrem requeridas. Esta ordem é designada por numeros. O numero determina a prioridade. Quando duas ou mais pessoas (Art. 9° § 5° da cit. Lei) concorrêrem ao mesmo tempo, as inscripções serão feitas sob o mesmo numero. O mesmo tempo quer dizêr de manhã das seis horas até ás doze, ou de tarde das doze ate ás seis horas. Não se-dá prioridade (Art. 9° § 6° da cit. Lei) entre as inscripções do mesmo numero. »

(40) Cit. Av., e Art. 885 do Cod. do Com.

Tambem está sem vigôr esta disposição pelo que fica dito na Not. ao Art. antecedente.

« O devedor (Art. 4° § 7° da novissima Lei Hypothecaria) não fica pela hypotheca inhibido de hypothecar de novo o immovel, cujo valor excedêr ao da mesma hypotheca; mas neste caso, realisando-se o pagamento de qualquer das dividas, o immovel permanece hypothecado ás restantes, não só em parte, mas na sua totalidade.)

(41) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Arts. 2° e 4°. A hypotheca, que recahir sobre escravos, deve sêr inscripta no registro da Comarca, em que residir o devedor.

« O registro geral comprehende (Art. 7° da novissima Lei Hypothecaria) a inscripção das hypothecas.

« A inscripção das hypothecas (Art. 7° § 1° da cit. Lei) deve sêr feita na Comarca, ou Comarcas, onde fôrem situados

os bens. Este registro (Art. 7º § 3º da cit. Lei) fica encarregado aos Tabelliães designados pelo Decr. de 14 de Novembro de 1846. São subsistentes entre os contrahentes (Art 9º § 1· da cit. Lei) quaesquer hypothecas não inscriptas. A inscripção da hypotheca convencional (Art. 9· § 7· da cit. Lei) compete aos interessados.. »

3.ª ED.

O *Registro Geral* actualmente comprehende, além da *inscripção* das hypothecas convencionaes, e das legaes especialisadas; a *transcripção* dos titulos entre vivos transmissivos de immoveis, e dos constitutivos de onus reaes (*jura in re aliena*).

Sobre a *transcripção* vejão-se as disposições citadas ao Art. 907 Not. *supra*.

O *Regulamento em vigôr* actualmente é o citado n. 3453 de 26 de Abril de 1865, que no Tit. 1· trata do *Registro Geral*.

Decr. n. 3482 de 12 de Junho de 1865—Altera o Art. 13 do Regul. á cima de 26 de Abril de 1865 sobre os Livros do *Registro Geral*.

Decr. n. 3487 de 28 de Junho de 1865—Creando os Officios privativos dos Officiaes do *Registro Civil das Hypothecas* nas Capitaes das Provincias do Pará, e do Maranhão.

Av. n. 259 de 12 de Junho de 1865—Resolve duvidas sobre o *Registro Geral das Hypothecas*.

Av. n. 356 de 19 de Agosto de 1865—Resolve duvidas sobre o *Registro Geral das Hypothecas*.

Av. n. 486 de 18 de Outubro de 1865—O registro das hypothecas commerciaes devia ter sido encerrado, logo que installou-se o *Registro Geral*.

Av. n. 60 de 7 de Fevereiro de 1866—Resolve duvidas sobre o Art. 9º § 27 da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864; e Arts. 144, 148, 149, e 152, §§ 1º e 2º, e 244, do respectivo Regul. de 1865.

Av. n. 122 de 20 de Março de 1866—O titulo vitalicio de *Tabellião das Hypothecas* deve sêr mantido, não obstante a suppressão dos outros officios exercidos pelo mesmo serventuario.

Av. n. 159 de 18 de Abril de 1866—Os extractos de escripturas de hypothecas, apresentados para o *registro*, não estão isentos do sello fixo.

Av. n. 60 de 7 de Fevereiro de 1867—Resolve duvidas sobre o *Registro Geral das Hypothecas*.

Av. de 2 de Março de 1867—Os Officiaes do *Registro* não devem escrevêr o inserido superfluamente nos extractos, salvo quando coubér sob a rubrica —*annotações*—.

Av. n. 289 de 17 de Setembro de 1867—A designação para o logar de Official do *Registro Geral das Hypothecas* deve recahir em qualquer dos Tabelliães do Termo.

Av. n. 382 de 14 de Setembro de 1868—Não se-pode registrar hypotheca de immovel, possuido em commum, sem consentimento dos outros co-proprietarios, dêsde que a divisibilidade não estivér manifesta, nem se-exhibir prova della. (Veja-se o Av. n. 143 de 5 de Abril de 1866).

Av. n. 2 de 4 de Janeiro de 1869—Compete ás Presidencias designar Tabellião ou Escrivão para o serviço interino do *Registro Hypothecario* nos logares, onde este Officio não estivér creado por Lei.

Av. n. 191 de 12 de Abril de 1869—E' obrigado á servir o logar de Official do *Registro das Hypothecas* o Tabellião, que fôr designado pela Presidencia.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 17—Não se-poderá fazêr *inscripção* ou *transcripção* de titulos sujeitos ao *Registro Hypothecario*, e dos quaes se-devão direitos, sem que se-mostre, que estes fôrão pagos.

Av. n. 196 de 7 de Julho de 1870—Não ha que resolvér sobre entrarem na excepção do Art. 21 do Regim. de Custas os Livros á cargo do Escrivão do *Registro*, encerrados e rubricados pelo Juiz de Direito.

Av. n. 31 de 26 de Janeiro de 1871—Sobre o fornecimento de Livros do *Registro Geral das Hypothecas*, quando os rendimentos do Officio fôrem diminutos.

Av. n. 325 de 6 de Outubro de 1871—Sobre a designação de um Tabellião para servir o logar de Official do *Registro Geral das Hypothecas*.

Av. n. 329 da mesma data—Sobre um dos Livros do lançamento das hypothecas.

Av. n. 334 de 10 de Outubro de 1871—Approva o concurso do logar de Official do *Registro Geral das Hypothecas* creado por Decreto, embora houvesse um Tabellião designado para servir o mesmo logar.

Av. n. 401 de 9 de Dezembro de 1871—A designação de Tabellião para Official do *Registro Hypothecario* tem o caracter

Art. 1289. Não produzirá effeito algum o registro feito em outros Cartorios, e igualmente o que fôr feito nos quarenta dias anteriôres á fallencia (42).

---

de provisoria, não depende de approvação do Governo Imperial, pode sêr cassada por motivo do serviço publico.

Av. n. 98 de 6 de Abril de 1872—Nas Comarcas novamente creadas a inscripção das hypothecas seja feita por um dos Serventuarios de Justiça nomeados pelo Juiz de Direito.

Av. n. 150 de 16 de Maio de 1872—Esclarecimento aos Tabelliães e Escrivães encarregados do *Registro Geral das Hypothecas*.

Av. n. 156 de 24 de Abril de 1873—A designação de Official do *Registro Hypothecario*, feita pelo Presidente de Provincia, não depende de approvação do Governo, e pode sêr cassada por motivos do serviço publico.

(42) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 2°. Os vinte dias anteriôres á fallencia, de que falla este Art. em relação ao § 19 do Alv. de 13 de Novembro de 1756, estão substituidos pelos quarenta dias dos Arts. 129 § 5°, e 827 § 2°, do Cod. do Com.

O Art. 2° § 11 da novissima Lei Hypothecaria repete pelas mesmas palavras a disposição do Art. 827 n. 2° do Cod. do Com., e nada mais contém sobre o assumpto. Continuão pois á subsistir as duvidas, que resultão do exame comparado do citado Art. 827 n. 2° do Cod. do Com., e Art. 2° do Regul. de 14 de Novembro de 1846. E' uma das duvidas, se são nullas as hypothecas feitas antes dos quarenta dias anteriôres á época legal da quebra, quando essas hypothecas fôrem registradas ou inscriptas dentro de taes quarenta dias. Outra duvida vem á sêr, se o Art. 2° no segundo periodo do cit. Regul. de 1846, que falla em geral do registro de hypothecas feitas nos vinte dias anteriôres á quebra (hoje quarenta dias) está restringido pelo Art. 827 n. 2° do Cod. do Com., que só impõe a nullidade, quando as hypothecas são feitas para garantia de dividas já contrahidas.

3.ª ED.

« O Regul. de 14 de Novembro de 1846 (Rebouças pags. 163) limita a invalidade do registro (provavelmente a validade do registro), de que se-trata. O Cod. do Com., porém, no Art. 827 n. 2° trata essencialmente da validade

da hypotheca em relação aos credôres em geral do fallido, que a-tenha contrahido etc. E assim, ainda que tratasse simplesmente de aprazar o tempo do registro, não haveria duvida alguma em sêr cumprido em sua razão de lei posteriôr, como duvida nenhuma tem havido em se-guardar o prazo do Art. 2° § 1° da Lei de 22 de Setembro de 1828 para se-insinuarem as doações, em vêz do da Lei anteriôr de 25 de Janeiro de 1775. »

Dormitou o Sr. Rebouças nesta censura, porque as hypothecas convencionaes não produzem, antes de registradas, os effeitos desse direito real (os da *preferencia* e *sequela*). Conferem nisto o Regul. de 14 de Novembro de 1846 Arts. 5° e 14, o Cod. do Com. Art. 265, e a Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 9°. Vid. Art. 1283 *supra*. Não ha paridade com a *insinuação das doações*, porque estas valem antes dos dois mezes do Art. 2° § 1° da Lei de 22 de Setembro de 1828, e valião antes dos quatro mezes da Lei de 25 de Janeiro de 1775. Vid. Not. 6 ao Art. 414 *supra*.

« Tambem (Rebouças pags. 163) não deverá havêr duvida em se-cumprir em toda a sua generalidade o § 11 do Art. 2° da novissima Lei Hypothecaria, ficando a especialidade constante do Art. 827 do Cod. do Com. para ter applicação ás Causas de fallencia, á que privativamente se-refere nas palavras—*á beneficio da massa somente*—. Tanto mais que pela propria Lei novissima hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 no Art. 2° está declarado, que a hypotheca é regulada somente pela Lei Civil; ainda que algum, ou todos os credores, sejão commerciantes; e ficarem derogadas as disposicões do Cod. Commercial, relativas á hypothecas de bens de raiz. »

Continuou á dormitar o venerando Jurisconsulto nesta ultima censura das suas Observações! Se o § 11 do Art. 2° da novissima Lei Hypothecaria repetio pelas mesmas palavras a disposição do Art. 827 n. 2° do Cod. do Com., citando-o em parenthesis, sem nada mais contêr sobre o assumpto; como vêr ahi *uma generalidade*, e *uma especialidade* applicavel em Causas de fallencia ? Se ahi se-visse a tal *generalidade*, só ella devêra prevalecêr, e não a *especialidade*. A' tanto, em caso de duvida, obrigar-nos-hia o Art. 2° da mesma novissima Lei, que contra si mesmo invoca o Sr. Rebouças. Esse Art. 2° excluio absolutamente em materia hypothecaria o imperio da legislação commercial. Conservou-se, tal qual

Art. 1290. As hypothecas, que comprehendêrem bens situados em differentes Comarcas, serão registradas em cada uma dellas (43).

Art. 1291. O mesmo se-praticará, quando a hypotheca, posto que limitada á uma propriedade, ou fazenda, parte desta fôr situada em uma Comarca, e parte em outra (44).

---

se-acha, o Art. 827 do Cod. do Com., e nada mais indica a simples citação desse Art. 827 no Art. 2º § 11 da novissima Lei. Parece, que não fomos entendidos. A nossa segunda duvida vem da comparação entre o Art. 2º no 2º periodo do Regul. de 14 de Novembro de 1846, e o Art. 827 n. 2º do Cod. do Com. Este limita-se ás hypothecas de garantia de dividas contrahidas anteriôrmente á data da escriptura nos 40 dias precedentes á epoca legal da quebra, e o Regul. de 1846 diz unicamente :—Não produzirá effeito algum o registro feito dentro dos 20 dias anteriôres ao fallimento—.

Accrescêrão para esclarecimento as seguintes disposições do Regul. Hypothec. de 26 de Abril de 1865 :

Art. 133.—Assim são validas as hypothecas convencionaes celebradas para garantia de dividas contrahidas no mesmo acto, ainda que dentro dos 40 dias da quebra.

Art. 134.—Todavia são nullas as inscripções (e transcripções) requeridas depois da sentença da abertura da fallencia.

(43) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 3º.

Está de accôrdo com o Art. 7º § 1º da novissima Lei Hypothecaria, quando diz, que a inscripção das hypothecas deve sêr feita na *Comarca*, ou *Comarcas*, onde fôrem situados os bens.

3.ª ED.

Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Art. 227—Se os immoveis hypothecados pelo mesmo titulo fôrem situados em diversas Comarcas, será inscripta a hypotheca em todas as Comarcas.

(44) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 3º.

É aqui applicavel a mesma observação addicional da Nota antecedente.

Art. 1292. A data do primeiro registro, que em taes casos se-fizér em uma Comarca, marcará a época dos effeitos legaes da hypotheca, comtanto que o registro nas outras Comarcas se não demore depois do primeiro mais que o tempo necessario para nellas se-effectuar, contando-se a distancia na razão de duas leguas por dia do logar do primeiro registro para o dos outros (45).

Art. 1293. Registradas as escripturas de hypothecas, não dependem para sua validade de um novo registro, ainda quando os Municipios, em que estão os bens, passem á fazêr parte de uma outra Comarca (46).

Art. 1294. O onus real da hypotheca convencional registrada torna nulla, á favôr do credôr hypothecario, qualquer alienação dos bens hypothecados, que o devedôr possa fazêr posteriôrmente ao registro por titulo oneroso ou gratuito (47).

3.ª ED.

Regul. cit. de 1865 Art. 228—Se um e o mesmo immovel fôr situado em Comarcas limitrophes, a inscripção terá logar em todas ellas.

(45) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 3º.

Esta hypothese não está prevista na novissima Lei Hypothecaria, e talvêz o-seja no regulamento promettido em seu Art. 9º § 29.

(46) Av. de 9 de Abril de 1853.

Tambem a novissima Lei Hypothecaria não tem previsto esta hypothese.

3.ª ED.

Regul. cit. de 1865 Art. 230 —Feita a inscripção da hypotheca, ella subsiste, ainda mesmo que por superveniente divisão judiciaria a Freguezia, em que o immovel inscripto está situado, passe á fazêr parte de outra Comarca.

(47) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 13—O 1º e 2º effeitos consignados neste Art., e no Art. 269 do Cod. do

Art. 1295. Com a sua sentença contra o devedôr o credôr da hypotheca convencional registrada póde penhorar e executar os bens inscriptos, ainda que alienadcs, no poder de quem se-acharem (48). (Art. 1322)

Com., reduzem-se á um só effeito, que é o *direito real*, ou *direito de sequela*, inherente á toda a hypotheca.

« A hypotheca é indivisivel (Art. 10 da novissima Lei Hypothecaria), grava o immovel, ou immoveis respectivos, integralmente, e em cada uma de suas partes, qualquer que seja a pessoa, em cujo podêr se-acharem. ». Vid. o Art. 6° § 3° da cit. Lei, pois que da hypotheca tambem resulta um onus real.

—*Torna nulla*—Estas palavras do têxto, que são as proprias do Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 13, e do Cod. do Com. Art. 269, exprimem, que torna-se inefficaz a alienação dos bens hypothecados, e não, que em tal alienação haja *nullidade* pelo facto de sêr de bens hypothecados.

(48) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 13.—Está pois revogada a Ord. L. 4° T. 3° princ., que dava ao credor hypothecario acção alternativa, depois da excussão do devedor; e ao possuidor dos bens hypothecados a faculdade de pagar a divida, ou de largar os bens. Essa faculdade não se-póde inhibir, porque o fim da hypotheca é o pagamento; mas o credor da hypotheca, armado com a sua sentença, tem direito de fazêr logo penhora nos bens registrados. Quando a hypotheca é geral, sem especialidade de bens inscriptos, não sei, como se-possa harmonisar o Art. 13 do Regul. com a cit. Ord. Sempre estive persuadido, de que esta Ord. só se-referia á *hypotheca especial*, porque ella diz—*que obrigou alguma sua cousa ao seu credor*—; sempre reprovei a doutrina de Corr. Tell Trat. das Acç. § 168 Nota 3ª. Observei porém agora, que a Ord. L. 4° T. 79 § 3°, referindo-se á do T. 3°, diz: —*E quanto aos bens obrigados á outrem em geral, ou em especial* etc. Tal é o misero estado da nossa legislação hypothecaria!

« Até a transcripção (Art. 10 § 1° da novissima Lei Hypothecaria) do titulo da transmissão todas as acções são competentes e válidas contra o proprietario primitivo, e exequiveis contra quem quer que fôr o detentôr. Ficão derogadas (Art. 10 § 2° da cit. Lei) a excepção de excussão, e a faculdade de

Art. 1296. Opera-se a remissão das hypothecas:

§ 1.° Pela judicial arrematação dos bens hypothecados, como iá está disposto no Art. 527 (49):

§ 2.° Pela venda extrajudicial delles, tendo o compradôr, ou adquirente, praticado as diligencias dos Arts. 522, 523, e 524 (50).

---

largar a hypotheca. Os bens especialmente hypothecados (Art. 14 § 3° da cit. Lei) só podem sêr executados pelos credores das hypothecas geraes anteriôres depois de excutidos os outros bens do devedor commum. »

(49) Ord. L. 4° T. 6° §§ 2°, e 3°.

(50) Cit. Ord. L. 4° T. 6° princ., e § 1°, Art. 437 do Cod. do Com., e Arts. 393 § 5°, 394 § 3°, e 395, do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

O que se-deve observar hoje sobre a remissão das hypothecas é o que á tal respeito se-dispõe na novissima Lei Hypothecaria.

« Se nos 30 dias (Art. 10 § 3° da cit. Lei) depois da transcripção o adquirente não notificar aos credores hypothecarios para a remissão da hypotheca, fica obrigado: ás acções, que contra elle propuzérem os credores hypothecarios para indemnização de pêrdas e damnos; ás custas, e despezas judiciaes; á differença do preço da avaliação, e adjudicação, se esta houvér logar. O immovel será penhorado, e vendido por conta do adquirente, ainda que elle queira pagar, ou depositar, o preço da venda ou avaliação. Salvo: se o credor consentir, se o preço da venda ou avaliação bastar para pagamento da hypotheca, se o adquirente pagar a hypotheca. A avaliação nunca será menor que o preço da venda. Se o adquirente (Art. 10 § 4° da cit. Lei) quizér garantir-se contra o effeito da excussão da hypotheca, notificará judicialmente dentro dos 30 dias aos credores hypothecarios o seu contracto, declarando o preço da alienação, ou outro maior para têr logar a remissão. A notificação será feita no domicilio inscripto, ou por editos, se o credor ahi se não achar. O credôr (Art. 10 § 5° da cit Lei) notificado póde requerer no prazo assignado para opposição, que o immovel seja licitado. São admittidos á licitar (Art. 10 § 6° da cit. Lei): os credôres hypothecarios, os fiadores, o mesmo adquirente. Não sendo re-

Art. 1297. Em favôr da Fazenda Publica, a arrematação não extingue o onus real dos bens hypothecados, quando tivér sido motivada por obrigações posteriôres aos contractos dos arrematantes de rendas, e ás nomeações dos Thesoureiros, e mais Empregados responsaveis (51). (Arts. 1276 e 1277)

Art. 1298. A arrematação dos bens não se-suspende, concorrendo credôres á protestar preferencia; mas o preço se-depositará, sendo sobre elle ouvidos os concurrentes com seu direito (52). (Art. 527)

Art. 1299. Depois da arrematação os credôres só tem direito á demandar sobre o preço dos bens arrematados com quem o recebeu, ou levantou (53). (Art. 527)

---

querida (Art. 10 § 7° da cit. Lei) a licitação, o preço da alienação, ou aquelle, que o adquirente propuzér, se-haverá por definitivamente fixado para remissão do immovel, que ficará livre de hypothecas, pago ou depositado o dito preço. O adquirente (Art. 10 § 8°), que soffrêr a desapropriação do immovel, ou pela penhora ou pela licitação, que pagar a hypotheca, que pagal-a por maior preço que o da alienação por causa da adjudicação ou da licitação, que supportar custas e despezas judiciaes, tem acção regressiva contra o vendedôr. A licitação (Art. 10 § 9°) não póde excedêr ao quinto da avaliação. A remissão da hypotheca (Art. 10 § 10) tem logar ainda não sendo vencida a divida. As hypothecas legaes (Art. 10 § 11) não especialisadas não são remiveis, salvo mediante fiança. A hypotheca legal especialisada é remivel na fórma deste titulo, figurando pelas pessoas á quem pertence aquellas, que pela legislação em vigôr fôrem competentes. »

(51) Ord. da Fazenda Cap. 156. e Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 3° § 15.

Está sem vigôr esta disposição, porquanto, remida a hypotheca, como dispõe a Lei novissima hypothecaria, fica extincta. (Art. 11 § 4° da cit. Lei)

(52) Ord. L. 4° T. 6° § 3°.

(53) Ord. L. 4° T. 6° § 2°. Em tal caso a acção é ordinaria, o que seguio o Art. 610 do Regul. Com n. 737.

Art. 1300. Deverão averbar-se no Registro Geral das hypothecas:

§ 1.° Ás baixas ou extincções, no todo, ou em parte, das hypothecas nelle registradas:

§ 2.° A sua substituição, ou transferencia para outro devedôr, ou credôr, ou para outros bens:

§ 3.° Qualquer outra alteração, ou *novação* do contracto, ou da obrigação hypothecaria (54).

---

(54) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 18.

« A hypotheca se-extingue (Art. 11 §§ 1° á 5° da novissima Lei Hypothecaria) pela extincção da obrigação principal, pela destruição da cousa hypothecada (ficando subrogado ao immovel hypothecado, conforme o Art. 2° § 3° da citada Lei, o preço que no caso de sinistro fôr devido pelo seguradôr ao segurado, não sendo applicado á reparação); pela renuncia do credôr, pela remissão, pela sentença passada em julgado. A extincção das hypothecas (Art. 11 § 6° da cit. Lei) só começa á ter effeito depois de averbada no competente registro, e só poderá sêr attendida em Juizo á vista da certidão do averbamento. Se na época do pagamento (Art. 11 § 7°) o credor se não apresentar para recebêr a divida hypothecaria, o devedor liberta-se pelo deposito judicial da importancia da mesma divida e juros vencidos; sendo por conta do credor as despezas do deposito, que se-fará com a clausula de ser levantado pela pessoa, á quem de direito pertencêr. A prescripção da hypotheca não póde sêr independente e diversa da prescripção da obrigação principal. O cancellamento (Art. 12 da citada Lei) tem logar por convenção das partes, e sentença dos Juizes, e dos Tribunaes. O cessionario do credito hypothecario (Art. 13 da cit. Lei), ou a pessoa validamente subrogada no dito credito, exercerá sobre o immovel os mesmos direitos, que competem ao cedente ou subrogante, e tem o direito de fazêr inscrevêr á margem da inscripção principal a cessão ou subrogação. As cessões só podem ser feitas por escriptura publica, ou por termo judicial.

3.ª ED.

Qualquer outra alteração:—Extincta a obrigação principal pelo *pagamento*, ou por outro qualquer modo, inclusive o

Art. 1301. As baixas, e extincções, serão feitas em virtude do consentimento das partes, ou de sentenças passadas em julgado (55).

Art. 1302. Para sêrem averbadas as ditas baixas, apresentaráõ as partes interessadas ao Tebellião do Registro Geral o competente titulo do contracto, quitação, ou sentença, que extingue, altera, ou innova, a hypotheca registrada (56).

Art. 1303. Extinguindo-se alguma hypotheca, no todo, ou em parte, por transferencia, ou substituição de outros bens, a nova hypotheca estabelecida nos bens, que substituir a primeira, não produzirá effeitos validos, emquanto não fôr competentemente registrada (57).

---

perdão da divida (que tambem se-chama *remissão*), extingue-se a obrigação accessoria da hypotheca registrada. Vid. Arts. 249 e 250 do cit. Regul. Hypothec. de 1865.

Ou novação, diz o têxto no § 3°, o que é possivel: 1° por mudança da causa da obrigação entre as mesmas pessôas, 2° por mudança do antigo credôr, 3° por mudança do antigo devedôr:

No 3° caso de mudança do antigo devedôr, 1° por *expromissão*, 2° por *delegação*:

Expromissão, por convenção entre o credôr e o novo devedôr, com declaração de ficar livre o antigo devedôr, mas sem intervenção deste:

Delegação, pela passagem da divida do antigo devedôr para o novo, e com expressa aceitação do credôr.

(55) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 19. Vid. Not. ao Art. antecedente.

(56) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 19. Vid. Not. ao Art. 1300.

(57) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 21. A redacção deste Art. tem occasionado injustas sentenças. Entendida a palavra—*transferencia*—no sentido do Art. 18 do Regul. de 1846—*transferencia para outro credôr*—, resulta (já que se-diz—*extinguindo-se alguma hypotheca*—) a impossibilidade de cedêr direitos hypothecarios, aliás registrados,

Art. 1304. Os Tabelliães do Registro darão certidões dos seus livros sem dependencia de despacho (58).

Art. 1305. Nas certidões deveráõ transcrevêr o teôr, não só do assento do registro, mas de todas as averbações e annotações á elle relativas, que existirem nos seus livros, declarando em todas á requerimento de quem fôrão passadas (59).

Art. 1306. As *certidões negativas* declarando que nenhuma hypotheca existe registrada relativa á determinada pessôa, ou bens especial ou genericamente designados, só terão vigôr por tempo de sêis mêzes (60).

---

sem perdêr logo o effeito do registro, e consequentemente a prelação da data do mesmo registro. A mente do legisladôr foi por certo a extincção da hypotheca por *substituição de outros bens*, mas a palavra—*transferencia*—é redundante; e origem de uma duvida, que sacrifica á palavras a realidade das cousas.

A duvida está sanada em vista da novissima Lei Hypothecaria. A transferencia da hypotheca para outro credor (Art. 11 da cit. Lei) não extingue a hypotheca. O Art. 13 da cit. Lei diz apenas, que o cessionario do credito hypothecario tem direito de fazêr inscrevêr a cessão á margem da inscripção principal.

(58) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 24. A disposição deste Art., e as dos segs. até o Art. 1316, dependem do regulamento, que se-publicar para completa execução da novissima Lei Hyothecaria.

(59) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 25.

(60) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 26.

3.ª ED.

Av. n. 164 de 18 de Junho de 1870—As *certidões negativas* de responsabilidade, e do *quantum* das fianças, que os Exactôres juntão aos processos de especialisação, pagão os emolumentos de 50 réis por linha de 30 letras.

Art. 1307. Taes *certidões negativas* só podem sêr passadas aos proprios donos dos bens, que se-acharem desembargados, ou á seus bastantes procuradôres (61).

Art. 1308. Durante o referido periodo de sêis mêzes não se-deve passar segunda certidão negativa do mesmo teôr, ainda que as partes alleguem têr-se-lhes desencaminhado a primeira (62).

Art. 1309. Os Tabelliães de Notas, á quem as certidões negativas fôrem apresentadas em prova de que se-achão desembargados os bens, á que ellas se-referirem, são obrigados á incorporal-as nas respectivas escripturas, guardando-as emmassadas no seu Cartorio, com a competente averbação do livro, e folhas, em que ficarem lançadas (63).

Art. 1310. Se alguma escriptura de hypotheca fôr apresentada para o registro, não vindo nella incorporada a certidão negativa, que se-haja passado, o Tabellião exigirá da parte que a-exhiba (64).

Art. 1311. Se a parte recusar fazêr a exhibição, o registro será tomado com esta declaração; mas esse registro não poderá prejudicar á outro, que posteriórmente se-faça de escriptura de hypotheca, na qual esteja incorporada a referida certidão, uma vêz que aquella tenha sido passada dentro dos sêis mêzes da validade desta (65).

Art. 1312. Os Tabelliães do Registro Geral das hypothecas são responsaveis ás partes pelos damnos, que lhes-causarem, além de incorrêrem nas penas, que competirem por

(61) Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 26.
(62) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 26.
(63) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 27.
(64) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 28.
(65) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 28.

suas omissões, erros, e prevaricações; e de podêrem sêr processados como estellionatarios, ou como complices deste crime, nos casos, em que nelle incorrêrem (66).

Art. 1313. Não poderáõ recusar, nem demorar, ás partes o registro das hypothecas, ou averbações, que lhes-requerêrem; nem as certidões affirmativas, ou negativas; nos termos acima prescriptos, e como dispõe o seu Regulamento (67).

Art. 1314. As partes, que se-sentirem prejudicadas na recusa, ou demora, de suas pretenções fundadas em justiça, deveráõ, para segurança de seu direito, e procedimento contra o Tabellião, justificar o acontecimento dentro de cinco dias uteis com duas testemunhas de vista, e notificação daquelle perante o Juiz Municipal do Termo (68).

Art. 1315. Se a recusa, ou demora, fôr julgada procedente, a sentença será intimada ao Tabellião, e este obrigado á averbal-a no seu protocollo, e á fazêr menção desta averbação nas certidões, que passar, relativas ao devedôr, e bens cujo registro houvér recusado ou demorado (69).

Art. 1316. Em taes casos a sentença de justificação supprirá a falta do registro (70).

(66) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 29.
(67) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 30.
(68) Cit. Regul. de 24 de Novembro de 1846 Art. 31.
(69) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 31. Houve engano na redacção do Regul., dizendo-se—*infundada e improcedente*—, o que foi rectificado pelo Art. 71 do Regul. n. 738 de 25 de Novembro de 1850.
(70) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 31.

3.ª ED.

Regul. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 Art. 82:—Recusando, ou demorando Official do Registro a certidão, pode a parte recorrêr ao Juiz de Direito, que deverá provindenciar sobre o caso com toda a promptidão.

Art. 1317. A despeza do registro das hypothecas é á cargo do devedôr hypothecario, a das averbações e certidões pertencerá á quem as-requerêr (71).

Art. 1318. Será todavia paga pelo credôr a despeza do registro, quando elle a-promovêr, com direito salvo para havêr seu embolso do devedôr, e com hypotheca especial nos bens registrados (72).

TITULO V

DA PRESCRIPÇÃO ADQUISITIVA

Art. 1319. *Posse, justo titulo*, e *boa fe*, são os requisitos necessarios para a prescripção adquisitiva (1).

---

(71) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 33.
« As despezas da inscripção (Art. 7° § 2° da novissima Lei Hypothecaria) competem ao devedor. »

(72) Cit. Regul. de 14 de Novembro de 1846 Art. 33.
Está prejudicada esta disposição em vista do cit. Art. 7° § 2° da novissima Lei Hypothecaria.

(1) Ord. L. 3° T. 40 § 3°.—*Se se-entendêr ajudar da posse, por dizêr que a possuio por muitos tempos com algum titulo, de que se-possa causar prescripção*. Ord. L. 4° T. 3° § 1°—*á podêr do possuidor, com titulo, e boa fé*.

3.ª ED.

Posse:—*tantum præscriptum, quantum possessum*—, mas a posse de uma parte faz presumir a posse do todo. A posse deve sêr *continua* (não interrompida), *pacifica, publica, não equivoca, á titulo de proprietario*. A reunião destas condições constitue a *posse qualificada* (ou *posse legitima—posse perfeita*). Sobre a *posse immemorial*—Not. ao Art. 1333 *infra*.

Justo titulo:—*melius est* non habere titulum, quam ostendere *vitiosum*—. Estas palavras—*justo titulo*—indicão simplesmente o titulo translativo de propriedade (Art. 1320 *infra*)

Art. 1320. E' *justo titulo* todo aquelle, que, conforme á Direito, reputa-se habil para transferencia do dominio (2). (Art. 907)

Art. 1321. O possuidôr de *má fé* em tempo nenhum poderá prescrevêr (3). (Art. 930)

Art. 1322. O direito do credôr hypothecario contra o terceiro possuidôr dos bens hypothecados prescreve por déz annos entre presentes, e vinte annos entre ausentes (4). (Art. 1295)

---

segundo as disposições da lei, e não que a propriedade seja effectivamente transferida. Titulo nullo *na forma* não dá prescripção—Corr. Tell. Dig. Port. L. 1° n. 1340 com apoio no Direito Romano. Confere o Art. 2267 do Cod. Civ. Franc.

A *bôa fé* presume-se no possuidor, incumbindo ao seu contrario a prova da *má fé*, porque sempre se-presume o melhor e o honesto:—Per. e Souz. Linh. Civ. § 250 Not. 528.

A *bôa fé* é a alma do commercio, que não pode subsistir sem ella:—Alv. de 29 de Julho de 1758, de 30 de Maio de 1759, de 30 de Outubro de 1762, de 16 de Novembro de 1771, e de 6 de Setembro de 1790.

Sommão-se os tempos das posses do actual possuidor, e de seus antecessôres, comtanto que todos possuissem de *bôa fé*, reduzindo-se dest'arte as differentes posses á uma só posse. Vejão-se as Leis Romanas citadas no Dig. Port. de Corr. Tell. L. 1° n. 1350, que diz:—Se o actual possuidôr, e aquelle de quem houve a cousa, forão possuidôres de *bôa fé*; pode-se juntar o tempo da posse de um e outro para completar o tempo da prescripção, ou o actual possuidôr seja herdeiro, ou singular successôr de antepossuidor.

(2) Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 Art. 25, Ord. L. 4° T. 58 §§ 3° e 4°.

(3) Ord. L. 2° T. 53 § 5° *in fin.*, Ord. L. 4° T. 3° § 1° *in fin.*.

(4) Ord. Liv. 4° Tit. 3° § 1°, e T. 79 § 3°. Esta disposição sobre a prescripção do direito real da hypotheca costuma-se applicar á prescripção adquisitiva em geral, pois que não

Art. 1323. Entendem-se presentes o credôr, e o possuidôr dos bens, se ambos fôrem moradôres em uma Comarca; e ausentes, se residirem em Comarcas diversas (5).

---

temos outra lei patria para apoial-a. Tal interpretação extensiva, adoptada pela jurisprudencia, têm apoio no Direito Romano.

A acção do credôr hypothecario contra terceiros rege-se hoje pelas seguintes disposições da novissima Lei:

« A inscripção (Art. 9º § 2º da cit. Lei), salvo o dispôsto no Art. 11 sobre a extincção das hypothecas, valerá por trinta annos, e só depende da renovação findo este prazo. Nesta disposição não se-comprehende a inscripção da hypotheca da molhér casada, e do interdicto, a qual subsistirá por todo o tempo do casamento, ou da interdicção.

Um anno depois (Art. 9º § 3º da cit. Lei) da cessação da tutela ou curatela, da dissolução do matrimonio, ou separação dos conjuges, cessa a hypotheca legal dos menores, dos interdictos, e da molhér casada, salvo havendo questões pendentes.

O novissimo Regulamento Hypothecario n. 3453 de 26 de Abril de 1865 tem accrescentado no Art. 255 a seguinte disposição, que é importantissima: « A prescripção adquisitiva de 10 e 20 annos não poderá valêr contra a hypotheca inscripta, se o titulo da mesma prescripção não estivér transcripto.

O tempo desta prescripção só correrá da data da transcripção do titulo ».

3.ª ED.

Esta prescripção de dez annos entre presentes, e vinte annos entre ausentes, é a dos *bens immoveis*:—Corr. Tell. Dig. Port. L. 1º n. 1364.

Para prescrevêr *bens moveis* ou *semoventes*, com *justo titulo* e *bôa fé*, três annos de posse são bastantes —: Corr. Tell. *ibidem* n. 1362.

Bens immoveis de menores só prescrevem em trinta annos: —Corr. Tell. *ibidem* n. 1369. O que procede, quando os bens immoveis são de pessôas equiparadas á *menores*. Em tal caso estão as terras dos Indios ex-vi da legislação sobre ellas citada ao Art. 11 *supra*. Vid. Not. ao Art. 59 *supra*.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 3º § 1º.

Está prejudicada a disposição deste Art. em vista da novissima Lei Hypothecaria na parte, que se-transcreveu na

Art. **1324.** **Os déz,** e vinte annos, contar-se-hão do primeiro dia, em que os bens hypothecados passárão para posse de terceiro com *titulo*, e *boa fé* (6).

Art. 1325. Se os bens hypothecados passárão ao terceiro possuidôr sem titulo algum, o direito do credôr hypothecario só prescreverá em trinta annos (7).

Art. 1326. Estando os bens hypothecados em podêr do proprio devedôr, ou de seus herdeiros, ou de outro credôr, á quem depois fossem dados em penhôr; o direito do credôr hypothecario prescreverá em vinte annos entre presentes, e quarenta annos entre ausentes, contados do dia, em que a hypotheca foi constituida (8).

Art. 1327. A acção da molhér casada para reivindicar bens doados, ou transferidos, pelo marido á sua concubina nos termos dos Arts. 147, 426, 427, 428, e 429, póde sêr

---

Not. antecedente. O tempo da prescripção não se-conta em relação á posse do adquirente dos immoveis hypothecados, mas em relação á época da inscripção do Registro Geral.

(6) Cit. Ord. L. 4º T 3º § 1º.

Tambem está prejudicado este Art. pela Lei novissima Hypothecaria na parte, que se-transcreveu na Not. ao Art. 1322.

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 3º § 1º. Tambem se-generalisa esta disposição, não exigindo-se titulo na prescripção de longissimo tempo.

Está igualmente prejudicado este Art. pela razão indicada na Not. antecedente.

3.ª ED.

Passados trinta annos de posse, presume-se, que o possuidôr tem *justo titulo*, e *boa fé*, salva a prova em contrario: —Corr. Tell. Dig. Port. L. 1º n. 1342.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 3º § 1º.

Vid. novissimo Regulamento Hypothecario Art. 254: « A prescripção da hypotheca é a mesma da obrigação principal.

« Ella não poderá sêr provada senão por sentença judicial, que a-declare, e só á vista da sentença se-fará a averbação. »

por ella proposta, emquanto vivêr na companhia do marido (9).

Art. 1328. Môrto o marido, ou estando a molhér separada delle, a acção deve sêr intentada dentro de quatro annos depois da morte, ou separação (10).

Art. 1329. Morta a molhér, seus filhos, e herdeiros necessarios, podem demandar os bens até quatro annos, á contar do dia do fallecimento (11).

Art. 1330. As acções sobre servidões urbanas, de que tomava conhecimento o extincto Juizo da Almotaceria, prescrevem no prazo de três mezes (12).

Art. 1331. Esta prescripção tem logar ainda depois de propostas as acções, deixando-se de promovêr seu andamento três mezes inteiros, salvo se houvér algum legitimo impedimento (13).

Art. 1332. As cousas do uso publico (Art. 52 § 1°) não prescrevem em tempo algum, e do mesmo modo as publicas servidões (14).

---

(9) Ord. L. 4° T. 66. Considero esta acção como real, do mesmo modo que a de reivendicação de immoveis alienados sem consentimento da molhér. Vid. Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 96, e Not. ao § 249.

(10) Cit. Ord. L. 4° T. 66.

(11) Cit. Ord. L. 4° T. 66.

(12) Ord. L. 1° T. 68 § 42. O Juizo da Almotaceria foi abolido pelo Decr. de 26 de Agosto do 1830. Conhece hoje destas causas o Juiz Municipal, ou o de Paz até sua alçada—Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 Art. 114 § 3°, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 1° § 3°, e Art. 2° § 3°. Vid. Not. ao Art. 932.

(13) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 42.

(14) Cit. Ord. L. 1° T. 68 § 32—*porque por tempo algum nunca poderá adquirir posse em o dito balcão*. Das palavras—*sempre assim o debaixo do balcão, como o ar de cima, fica do Conselho*—costumão os Praxistas inferir o *direito de superficie*, que é inherente ao dominio das cousas immoveis, e que comprehende o respectivo espaço aéreo. E' importante a distincção entre *cousas do uso publico*, e as do *dominio do Estado*; porque as primeiras são imprescriptiveis, o que não acontece com as segundas. Discriminando-se tambem os *direitos da soberania* (antigos *direitos magestaticos*) do que é propriamente *dominio nacional*, nada temos á colligir da Ord. L. 2° T. 27, e do Alv. de 17 de Novembro de 1617. Sobre as servidões publicas—Ord. L. 1° T. 68 § 40—*não se poderá prescrevêr por tempo algum, se fizér damno aos que passarem pela rua*.

Art. 1333. Tambem não prescreve o direito de fazêr abolir atravessadouros superfluos nos termos dos Arts. 957, e 958 (15).

---

(15) Lei de 9 de Julho de 1773 § 12, que foi nesta parte confirmada pelo Decr. de 17 de Julho de 1778.

3.ª ED.

Não basta allegar posses immemoriaes, diz o nosso Art. 958.

« *Posse immemorial* (Mott. Apont. Jur.) é aquella, de que ninguem sabe o principio, nem por têr visto, nem por têr ouvido á quem visse, ou ouvisse. »

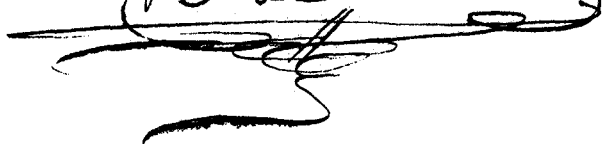
Posse immemorial (tempo immemorial, prescripção immemorial)—quod memoriam excedit,—cujus memoria non exstat—.

Ha três instituições (Savigny Dir. Rom. Cap 3° § 196), em que o Direito Romano subordina ao *tempo immemorial* a origem de uma relação de direito:

1.°—*Caminhos vicinaes*.
2.°—*Esgôto de aguas pluviaes*,
3.°—*Aqueductos*.

Ha três especies de *caminhos*:

1.°—*Caminhos publicos*,
2.°—*Caminhos particulares* ou *privados*,
3.°—*Caminhos vicinaes*.

Quanto á estes ultimos (especie do nosso Art. 1333 com referencia aos Arts. 957 e 958 *supra)*, estabelecidos na origem em propriedades particulares, tornão-se *publicos*, quando *de tempo immemorial* tem existido como caminhos, e assim revestem juridicamente o caracter de *publicæ viæ*. O *tempo immemorial* tem pois o effeito de attribuir ao dominio publico

um caminho particular, como se tal caminho tivesse sido feito pelo Estado, e sobre terrenos do Estado.

O nosso Direito, consolidado nos Arts. 957 e 958 sobre a Lei de 9 de Julho de 1773 § 12, está de accôrdo com esta sã doutrina de Savigny; porquanto, *á contrario sensu* do nosso Art. 957, constituem servidão os caminhos e atravessadouros particulares, feitos por propriedades particulares, que se-dirigem á fontes, ou pontes, com manifesta utilidade publica; ou á logares, que não possão têr outra alguma serventia.

Para haverem taes servidões (palavras do nosso Art. 958) é necessario, que se-apresentem *titulos legitimos*; entretanto a *posse immemorial* (diz o Repert. das Ords.) *tem força de titulo*, e de instituição—Ord. L. 1° T. 62 § 51.—*Tem força de titulo*, ainda nos Direitos Reaes—Ord. L. 2° T. 27 princ., e § final.

Como porém se-prova a *posse immemorial*, por outra, a que excede á memoria? Por testemunhas de duas gerações, depondo sobre o tempo de 40 annos (opinião mais adoptada), com fundamento no Direito Canonico. Não ha *tempo immemorial* sem o concurso de duas gerações, a geração actual tendo sempre conhecido o actual estado de cousas, e a geração precedente não se-lembrando de um differente estado de cousas.

FIM

INDICE ALPHABETICO (*)

Art. indica o Artigo do têxto:
Not. indica a Nota do Artigo:
Arts., Nots., indicão as mesmas palavras no plural:
As linhas iniciaes só indicão a primeira palavra superiôr.

A

(*) Este Indice (1° Indice promettido na Advertencia), contém com poucas refusões, e suppressões, as summulas dos Indices da 1ª e 2ª Edição. Corrigem-se nelle algumas erratas.

B

C

D

E

F

H

I

J

L

M

N

O

P

Q

R

T

U

V

TABOA DAS MATERIAS (*)

PARTE GERAL

PARTE ESPECIAL

LIVRO PRIMEIRO

DOS DIREITOS PESSOAES

SECÇÃO I

Dos direitos pessoaes nas relações de familia

SECÇÃO II

Dos direitos pessoaes nas relações civis

(*) Este Indice (2° Indice promettido na Advertencia), é o mesmo da 1ª Ed., que na 2ª não reappareceu. Os Indices 3° e 4°, tambem promettidos na Advertencia, demandando algumas notas explicativas, não pódem agora ser publicados em razão do volumôso da Obra. Sél-o-hão ulteriórmente na primeira occasião.

LIVRO SEGUNDO

DOS DIREITOS REAES